

Orden privado y justicia pública: Kant y Rawls¹

Private Order and Public Justice: Kant and Rawls

ARTHUR RIPSTEIN*

University of Toronto, Canada

Resumen

El presente artículo se ubica en la intersección de dos proyectos más amplios, uno sobre la filosofía política de Kant y otro sobre la relación entre el derecho privado y la justicia distributiva. Utiliza la idea del orden privado de Kant para explicar el lugar del derecho privado en lo que Rawls describe como la “división de la responsabilidad” entre la sociedad y el individuo. Explico por qué el derecho privado es una parte esencial de lo que, para Rawls, es el tema fundamental de la justicia: la estructura coercitiva de la sociedad. Sostengo que el derecho privado no es más que un sistema de límites recíprocos a la libertad, siempre que esos límites sean generales en el sentido correcto. Además, sostengo que la mejor manera de pensar el énfasis de Rawls en la provisión pública de derechos y oportunidades adecuados es en términos paralelos: son condiciones esenciales para la posibilidad misma del cumplimiento de los derechos, porque son los prerequisites morales para una esfera pública compartida.

Palabras clave

Orden privado, justicia pública, Estado de Derecho, justicia distributiva, cumplimiento del derecho.

Abstract

This paper lies at the intersection of two larger projects, one on Kant’s legal and political philosophy and the other on the relation between private law and distributive justice. It uses the Kantian idea of private ordering to explain the place of private law in what John Rawls has

¹ Este trabajo fue publicado por primera vez en *Virginia Law Review* Vol. 92, No. 7 (Nov., 2006). Agradezco al Dr. Arthur Ripstein y al *Virginia Law Review* los permisos para la traducción. Traducción: Jorge Omar Rodríguez Ramírez (UNAM). Las citas provenientes de la *Doctrina del Derecho* (MS, RL) corresponden a la traducción de Adela Cortina y Jesús Conill, el resto de la traducción es mía.

* Dr. Arthur Ripstein: arthur.ripstein@utoronto.ca

[Received: October 7th 2022

Accepted: October 19th 2022]

described as the “division of responsibility” between society and the individual. I explain why private law is an essential part of what, for Rawls is the fundamental subject of justice – the coercive structure of society. I argue that private law is only a system of reciprocal limits on freedom, provided that those limits are general in the right way. I also argue that the best way to think about Rawls’s emphasis in public provision of adequate rights and opportunities is in parallel terms: they are essential conditions to the very possibility of enforceable rights, because they are the moral prerequisites for a share public sphere.

Key words

Private order, public justice, rule of law, distributive justice, enforceable rights.

Introducción.

El derecho privado tiene un estatus peculiar en la filosofía política reciente. A menudo se dice que el derecho de propiedad y el derecho contractual establecen derechos básicos, pre-políticos, que deben limitar las actividades de los Estados. Esta perspectiva ampliamente lockeana considera que el derecho público legítimo no es más que derecho privado disfrazado: tu relación con el Estado tiene como modelo la relación que podrías pactar (solo o con otros) con cualquier otra persona u organización, sujeta a las mismas normas de justicia y las mismas formas de crítica. El Estado solo puede hacer pagar a las personas que solicitan, o que aceptan libremente, los servicios que las instituciones públicas ofrecen. Cualquier otra forma de tributación es una interferencia injusta en los derechos de propiedad de las personas. Este planteamiento es el más apto para los libertarios, pero además ocupa un lugar central en el discurso político público de los Estados Unidos.

No menos frecuente, se dice que el derecho privado es solo una de las actividades de los Estados para ser evaluada de la misma forma que cualquier otro ejercicio del poder estatal. Aunque este segundo planteamiento tiene sus raíces en el utilitarismo de Jeremy Bentham y John Stuart Mill, los no-utilitaristas también lo han adoptado en las últimas décadas. Es ampliamente conocido que John Rawls (1999c) criticó al utilitarismo por ignorar “la distinción entre personas.” Muchos de sus más ardientes admiradores en la academia han buscado presentar su teoría del contrato social como una alternativa al utilitarismo, pero aceptando al mismo tiempo el punto de vista básico del utilitarismo sobre el derecho privado como “derecho público disfrazado” (Green, 1960). Así, han intentado llevar la estructura de la teoría de Rawls a las minucias del derecho de daños y del derecho contractual, para desplegarla contra concepciones aparentemente más ambiciosas de la propiedad.²

Mi propósito en este ensayo es ofrecer una alternativa a estos dos enfoques importantes en las teorías políticas. Cada una tiene razón en algo. Los derechos privados protegen un tipo importante de libertad. El Estado no otorga estos derechos a los ciudadanos solo para

² Véase Keating (2004); Keating (1996); Kordana & Tabachnick (2005); Kordana & Tabachnick (2003) Kromman (1980)

umentar la prosperidad o proveer incentivos a sus miembros. Al mismo tiempo, su cumplimiento es un ejercicio del poder político, del que la sociedad en su conjunto debe hacerse responsable. Si dos tesis verdaderas son inconsistentes entre sí, enfrentamos lo que Immanuel Kant llamó una “antinomía” (KrV A340/B398). La única manera de superar una antinomia es a través de la crítica de la premisa más amplia que la tesis y la antítesis comparten (KrV A421/B449). En este caso, la dificultad radica en que tanto la teoría lockeana como la utilitaria/igualitaria están basadas en la premisa más amplia de que el derecho es un instrumento para lograr fines morales que, en un mundo más feliz, podrían haberse alcanzado sin él. Ambas posiciones se equivocan al suponer que las demandas básicas de la moralidad política no hacen referencia a un contexto institucional. El punto de vista lockeano considera al derecho como un remedio para las “inconveniencias” del Estado de Naturaleza (Locke 1960: 370); igualitarios y utilitaristas usualmente consideran al derecho como un remedio para alguna combinación de información imperfecta, egoísmo y altos costos de transacción.³ Los defensores de la justicia correctiva han criticado que las teorías instrumentales del derecho privado no capturan la estructura transaccional del derecho privado;⁴ mi objetivo es ampliar esas críticas.⁵

Como sugiere mi uso del término “antinomía”, la alternativa que desarrollaré se basa en Kant; como el título del ensayo revela, también me basaré en John Rawls. Articularé la teoría kantiana de la naturaleza y significado del ordenamiento privado con relación a la libertad. Usaré esta idea kantiana del ordenamiento privado para explicar el lugar del derecho privado en lo que Rawls ha descrito como la “división de la responsabilidad” entre la sociedad y el individuo. De acuerdo con Rawls, la sociedad tiene la responsabilidad de proveer a los ciudadanos de derechos y oportunidades adecuados; cada ciudadano, a su vez, es responsable por lo que él o ella haga de su propia vida a la luz de esos recursos y oportunidades (Rawls, 1982). Argumentaré que el derecho privado es la forma de interacción a través de la cual una pluralidad de personas individuales puede hacerse cargo de esta responsabilidad especial por sus propias vidas, estableciendo y persiguiendo sus propias concepciones del bien de manera consistente con la libertad todos para hacer lo mismo. El derecho privado establece una clara distinción entre omisión y negligencia: a menos que tengas una obligación jurídica hacia otra persona, los efectos de tu conducta sobre esa persona son irrelevantes. Explicaré esta distinción en términos de

³ La discusión de Henry Sidgwick sobre la justicia en *The Methods of Ethics* sigue siendo la declaración más clara y contundente de la opinión de que el derecho y la justicia imponen reglas generales para lograr un bien moral, sin referencia alguna a nada parecido a una regla. Sidgwick (1907: 264-94). El argumento de Sidgwick anima explícitamente el análisis económico reciente, incluyendo, en particular, el de Kaplow y Shavell (2002). La posición lockeana es sutilmente diferente, ya que supone que el establecimiento completo de la moral no hace ninguna referencia esencial a las instituciones, sino que está formulado en términos de reglas y derechos naturales.

⁴ Véase, Ernest J. Weinrib (1995)

⁵ La idea de que el derecho da forma parcialmente a la moral es central en la tradición del derecho natural que comienza con Santo Tomás (2002). Una expresión más reciente puede encontrarse en Honoré (1993) quien argumenta que la moralidad “viable” debe tener un componente legal independiente. La versión de Kant sobre esta tesis es más ambiciosa que la propuesta por Santo Tomás y Honoré, porque la moralidad requiere ser promulgada como ley, aún en aquellas raras ocasiones en las que está totalmente determinada.]

una idea de cooperación voluntaria. Centrándome en las maneras en que el derecho privado reconcilia la capacidad de personas individuales para perseguir sus propios fines, explicaré por qué el derecho privado es una parte esencial de lo que, para Rawls, es el tema fundamental de la justicia: la estructura coercitiva de la sociedad.

Expuse algunos de estos argumentos sobre el derecho privado en trabajos anteriores (Ripstein, 2004) que no repetiré aquí a detalle, porque el otro lado de la división de la responsabilidad es, al menos, igual de importante: Si el orden privado es un campo de la libertad, ¿cómo puede el Estado tener derecho para hacer lo que sea, a menos que personas privadas lo hayan contratado para hacerlo? El elemento principal de mi argumento consistirá en mostrar por qué el ordenamiento privado requiere de la justicia pública. Basándome de nuevo en Kant, argumentaré que el derecho privado no es más que un sistema de límites recíprocos a la libertad, siempre que esos límites sean generales en el sentido correcto. Específicamente, aunque el imperio de la ley se presenta usualmente como un tipo de bien instrumental que provee algunos beneficios, tanto a personas como a sociedades,⁶ argumentaré que es más que eso. Defenderé que el *imperio de la ley* es un prerequisite tanto para que los derechos sean consistentes con la libertad individual y, más ampliamente, para la reconciliación individual entre una pluralidad de personas. El uso de la fuerza somete a una persona al arbitrio de otra, a menos que su uso se haga desde un punto de vista público que todos puedan compartir. Volviendo una vez más a Rawls, argumentaré que la mejor manera de pensar en su énfasis de la provisión pública de derechos y oportunidades adecuados es en términos paralelos: son condiciones esenciales de posibilidad para el cumplimiento de los derechos, porque son el prerequisite moral para una esfera pública compartida. La perspectiva que desarrollaré expone las implicaciones de estas ideas tanto kantianas y rawlsianas, cuyos detalles no están contenidos en estas teorías tomadas por separado.

I. Derecho privado, capacidades morales y la división de la responsabilidad.

La mayoría de las posiciones en filosofía política contemporánea hacen ver al derecho privado como confuso. En su breve caracterización de la justicia correctiva, Aristóteles señala que un juez que busca resolver una disputa privada no presta atención a la riqueza o a las virtudes de las partes, sino solo a la transacción particular entre ellas (Aristóteles, 1962: 120-121). Si un pobre comete un ilícito contra un rico, el pobre debe pagar al rico. Quitarle dinero a la fuerza a un pobre para dárselo a un rico, es una cuestión de justicia que puede parecer bizarra o incoherente a mucha gente. Tanto el derecho de daños como el de propiedad protegen lo que las personas *ya tienen*, sin considerar cómo lo consiguieron o lo que *deberían* tener desde un punto de vista moral. La ley atiende a la forma de la transacción o de la posesión, más que a las necesidades o intereses de las partes.

⁶ Una declaración particularmente convincente de esta posición puede encontrarse en Joseph Raz (1979) quien describe el imperio de la ley como útil para frenar formas arbitrarias de poder, creando un ambiente predecible en el que una persona puede fijarse objetivos de largo plazo y perseguirlos efectivamente, y actuar como un paso necesario, pero no suficiente, para respetar la dignidad humana.

La formalidad del derecho privado está en franca tensión con las posiciones más destacadas de la justicia distributiva. Rawls (1982) se pregunta por los medios universales adecuados y las oportunidades que las partes en la posición original desearían para el ejercicio de sus capacidades morales a lo largo de toda una vida. Amartya Sen (1980) se concentra en las capacidades y las funciones que hacen posible los medios y las oportunidades; de nuevo, en ambos casos se busca lo que requieren las personas para ser capaces de lograr los fines que consideran valiosos. Ronald Dworkin (2009), en su teoría de la igualdad de recursos, invita a los lectores a imaginar una subasta en la que todos los recursos se asignan al mejor postor, pero luego introduce varias formas de aseguramiento contra resultados desastrosos.⁷ El argumento del aseguramiento es, de nuevo, la introducción de una concepción basada en el contenido. A pesar de todas las diferencias entre Rawls, Sen y Dworkin, los tres comparten un enfoque sobre cuestiones sustantivas de lo que se necesita para que las personas sean capaces de elegir. Por el contrario, los utilitaristas se concentran en cuestiones sustantivas sobre el bien a ser promovido o los mejores medios para promoverlo. Todas estas teorías están centradas en qué tanto una persona necesita, tiene o puede esperar a tener (medidas, todas ellas, de lo que una persona debería tener). Estas perspectivas hacen difícil entender cómo *cualquier* demanda de justicia podría requerir un cambio en la porción distribuida de la persona por parte del Estado.

Como procederé a demostrar, el enredo es producto de una incompreensión. En *Social Unity and Primary Goods*, Rawls introduce la idea de una “división de la responsabilidad” entre la sociedad y el individuo”:

La sociedad, los ciudadanos como cuerpo colectivo, aceptan la responsabilidad de mantener la igualdad de libertades básicas e igualdad justa de oportunidades (...) mientras que los ciudadanos, en tanto individuos, aceptan la responsabilidad de revisar y ajustar sus fines y aspiraciones considerando los medios universales adecuados dada su situación presente y previsible. La división de la responsabilidad descansa en la capacidad de las personas para asumir la responsabilidad de sus fines y moderar las demandas que hacen a sus instituciones sociales de acuerdo con el uso de los bienes primarios. Los derechos de los ciudadanos a las libertades, las oportunidades y los medios universales adecuados están asegurados de las demandas irracionales de otros. (Rawls, 1982: 170)⁸

⁷ También Ripstein (2007b)

⁸ También la glosa de T. M. Scanlon a la división de responsabilidad en *What we owe to each other*:

La idea es la siguiente. La “estructura básica” de la sociedad es su marco legal, político y económico, la función de cada uno es definir derechos y libertades de los ciudadanos y determinar una serie de posiciones sociales a las que se atribuyen diferentes capacidades y recompensas económicas. Si la estructura básica hace esto de una forma aceptable, si los ciudadanos no tienen una queja razonable sobre su acceso a las diversas posiciones al interior de este marco o al conjunto de derechos, libertades y oportunidades de recompensa económica que les ofrecen las posiciones particulares, entonces la estructura es justa. Depende de los individuos, que operan al interior de este marco, elegir sus propios fines y hacer uso de las oportunidades y recursos dados para perseguir esos fines de la mejor manera que puedan. El éxito o el fracaso, la felicidad o la infelicidad, son resultados que son responsabilidad de cada individuo. (Scanlon 1998: 244)

Aunque la división de la responsabilidad recibe una menor atención por parte de los comentaristas y críticos de Rawls, es central para su visión de justicia. La división de responsabilidad captura el lugar distintivo de la responsabilidad individual para pensar la justicia.⁹ En su *Reply to Alexander and Musgrave*, Rawls (1974: 241-242) dice que la división de la responsabilidad está “implícita en el uso de los bienes primarios” como la base para la porción distribuida de las partes. Todo el problema de la distribución está dado por la idea de que las personas tienen vidas privadas, así como vidas públicas, y tendrán en cuenta sus derechos mientras persigan sus propósitos de manera individual.

La idea de que tienes una responsabilidad especial por tu propia vida pone de manifiesto dos contrastes implícitos. El primero, es el contraste entre la responsabilidad por lo que haces con tu vida y la responsabilidad del Estado para garantizar que tengas la oportunidad de perseguir una vida exitosa, en una medida u otra. Por ejemplo, un utilitarista podría suponer que la responsabilidad del Estado es procurar que el mayor número de personas posible tengan una vida feliz, independientemente de cómo se conciba ese tipo de vida. Podríamos imaginar muchos ejemplos de vidas valiosas que fijan la responsabilidad del Estado para la vida de cada persona. Pero Rawls está pensando en algo diferente. Los dos aspectos de la división son partes de un único paquete: el Estado tiene la responsabilidad de procurar que las personas tengan los recursos y las oportunidades necesarias para que *cada una de ellas* sean responsables de *sus propias* vidas. Lo que hagan con sus vidas depende enteramente de ellas: dado que no interfieren con las elecciones de otros, o con la capacidad de otros para hacer tales elecciones, el Estado no tiene ningún interés en las decisiones de una persona particular acerca de cómo vivir su vida. Es en este sentido que el liberalismo rawlsiano es “neutral” con respecto a las concepciones del bien. La neutralidad es la consecuencia de un compromiso con la libertad humana, más que de una premisa de algún argumento a favor de la concesión de libertades.

Al articular la distinción entre público y privado de esta manera, la división de la responsabilidad presupone una distinción adicional al interior del ámbito privado entre las cosas de las que *soy* responsable y aquellas de las que es responsable *otra* persona privada. Esta división de la responsabilidad entre individuos es el objeto del derecho privado. Si entran en conflicto las actividades de personas individuales que asumen la responsabilidad de sus propias vidas, la disputa es esencialmente privada entre las partes en cuestión. Las

La glosa de Scanlon podría parecer burda o confusa desde el punto de vista de las discusiones recientes sobre la responsabilidad en filosofía política, que suelen analizar la cuestión de la responsabilidad en términos del control personal sobre una elección particular o de su identificación con esa elección. El panorama rawlsiano, tal como Scanlon enfatiza, sitúa la responsabilidad en el marco de la interacción justa. Una persona puede ser responsable por aquellas cosas que las personas libres e iguales pueden responsabilizarse mutuamente. Para un análisis sobre este tema, véase Blake & Risse (2006).

⁹ Ronald Dworkin ha explicado recientemente su teoría de la responsabilidad en la justicia distributiva con una expresión similar “la división de la responsabilidad entre la comunidad y sus miembros, de modo que la comunidad es responsable de distribuir los recursos que las personas necesitan para llevar una vida exitosa, y los individuos son responsables de decidir qué vidas realizar con esos recursos, es decir qué tipo de vida cuenta como exitosa” (Burley, 2004: 340, 391). La teoría de Dworkin requiere de mercados operativos y ello presupone una teoría sobre el derecho privado.

teorías instrumentales del derecho privado consideran las disputas privadas como una especie de oportunidad para lograr objetivos sociales más amplios como la redistribución ecológica o el ajuste de los incentivos económicos óptimos.¹⁰ Según la división de la responsabilidad, en la medida en que estos objetivos sociales son fines públicos legítimos, pueden ser perseguidos por la sociedad en su conjunto. Las disputas privadas deben resolverse entre las partes de forma que se preserve la responsabilidad especial de cada una de ellas sobre su propia vida. El aspecto formal del derecho privado expresa a una forma distinta de pensar la libertad e independencia humana.¹¹

Esta segunda distinción refleja la relación entre las dos capacidades morales que Rawls enfatiza: primero, la capacidad de establecer y perseguir una concepción del bien y, segundo, el sentido de la justicia. Este último debe entenderse en términos de la disposición para afirmar mis propias reivindicaciones, junto con la disposición a reconocer la capacidad de los demás para hacer lo mismo. (Rawls 2001: 6-7)

Las dos capacidades morales que Rawls hace centrales en su teoría son aspectos de lo que Kant describe como el “derecho innato de la humanidad” en la propia persona (MS, RL, AA 06: 237; 48). Kant describe esto como el derecho a ser libre, donde la libertad es entendida en términos de independencia del arbitrio de otra persona. La capacidad de establecer y perseguir tu propia concepción del bien es el derecho a la independencia de Kant: tú, en vez de cualquier otra persona, eres quien determina los fines que perseguirás. El sentido de la justicia, como Rawls lo describe, es la capacidad de reconocer los derechos de otros y, lo que es igual de importante, de defender tus propios derechos. Kant describe este aspecto del derecho innato en términos de lo que llama “el derecho al honor”, cuyo principio es que nunca debes permitir que otro te use como mero medio (MS,

¹⁰ Véase Weinrib (1995: 46-48)

¹¹ No discutiré directamente acerca de la hipótesis alternativa, según la cual la formalidad del derecho privado es meramente aparente; que el derecho privado es, como dice Richard A. Epstein (1995: 21) una cuestión de establecer “reglas simples para un mundo complejo.” Para Epstein, estas reglas se escogen según fundamentos utilitarios. Hay amplias razones utilitarias para mantenerlas simples. La simplicidad, a su vez, las vuelve formales en su operación cotidiana y exige que los tomadores de decisiones tengan incentivos para centrarse en su formalidad. Esto se presenta como una serie de afirmaciones empíricas, con muy poca evidencia sólida que las respalden. Cualesquiera que sean sus fortalezas o debilidades como explicación de la estructura del derecho privado, es una manifestación extrema del supuesto que pretendo cuestionar, porque supone que el propósito moral del derecho privado puede establecerse sin referencia a ninguna norma. En *Political Liberalism*, Rawls señala brevemente que algunos han ofrecido evidencia sobre que su perspectiva tiene una visión similar a las reglas del derecho privado. En concreto, Rawls se refiere a las normas que rigen “transacciones y acuerdos entre individuos y asociaciones (el derecho contractual, etc.),” y escribe: “las reglas relativas al fraude y la coerción, y similares, pertenecen a esas reglas, y satisfacen los requisitos de simplicidad y viabilidad” Rawls (2005b: 257, 268). Aunque este pasaje sugiere un enfoque de “reglas simples”, la siguiente oración sugiere un papel más constitutivo de las reglas de operación en el ordenamiento privado: “están armadas de modo que permitan a los individuos y a las asociaciones actuar efectivamente en la persecución de sus fines sin excesivas restricciones”. El concepto de libertad para actuar efectivamente se entiende mejor en términos de la reconciliación de capacidades de una pluralidad de personas para establecer y perseguir fines, más que cualquier noción agregativa de eficiencia. Vale la pena señalar que Rawls se concentra en la *persecución* de fines y no en su *realización*. Esto revela la identidad entre la primera de las capacidades morales y la concepción kantiana de finalidad.

RL, AA 06: 236; 47). Para Rawls, al igual que para Kant, los ciudadanos no podrían consentir un mundo social en el que estuvieran sujetos a las decisiones de otros, ni un mundo en el cual otros ciudadanos tuvieran el derecho de determinar los propósitos de sus vidas.

Estas limitaciones se aplican en ambos lados de la división de la responsabilidad entre sociedad e individuo. La responsabilidad especial de cada persona por su propia vida requiere que cada persona sea libre de asumir esa responsabilidad y no esté sujeta a las decisiones de otra. La responsabilidad de la sociedad de proveer derechos y oportunidades adecuados requiere que la vida social no cree nuevas relaciones de dependencia, sino garantizar que todos puedan gozar de su libertad en conjunto.¹² Las dos capacidades

¹² Soy consciente de que leer a Rawls bajo esta perspectiva kantiana será controvertido en al menos dos sentidos. Como sugiere Stephen Perry en respuesta a una versión anterior de este argumento: “la propia metodología de Kant (...) es esencialmente conceptual y tiene fuertes compromisos metafísicos (...) Rawls introdujo la noción de la posición original precisamente para evitar esos aspectos del enfoque kantiano” Perry (2004: 1848). Kevin Korodana y David Tabachnik se preguntan si la afirmación de que la división de la responsabilidad presupone principios del derecho privado es consistente con la afirmación de Rawls de que:

La posición original (...) incorpora la justicia procedimental pura en su más alto nivel. Esto significa que cualquier principio que las partes seleccionen de la lista de concepciones alternativas que se les presenta es justo. Dicho de otro modo, el resultado de la posición original define, digámoslo así, los principios apropiados de justicia. (Rawls, 1999a: 310-311, citado en Korodana y Tabachnik (2006: 1283))

Aunque no es mi objetivo principal insistir en los detalles de la interpretación de Rawls, vale la pena hacer unas observaciones breves. Primero, tanto el argumento de Rawls como el de Kant es normativo, no conceptual. El enfoque kantiano no conlleva ningún “compromiso metafísico fuerte” con los que Perry busca desacreditarlo. No sorprende que no ofrezca ejemplos de tales compromisos, porque los únicos compromisos de Kant en el derecho privado son normativos y tratan acerca de la libertad y la idea de que la estructura coercitiva de la sociedad es el único objeto de la teoría de la justicia, así como la idea más amplia de que las demandas de justicia son *en primera instancia* institucionales, más que individuales. El énfasis en la estructura coercitiva es desconcertante desde el punto de vista dominante, que entiende a la filosofía política como rama aplicada de la filosofía moral, pero tiene perfecto sentido si se comprende la libertad como independencia, es decir, desde “el derecho al honor” de Kant o las “dos capacidades morales” de Rawls. Estos son componentes preinstitucionales de la teoría de la justicia, en el sentido de que son las premisas del argumento del contrato social. El mismo lugar ocupa en la teoría rawlsiana la elección de una métrica de bienes primarios: es una premisa normativa basada en la importancia moral de las dos capacidades morales. La división de la responsabilidad tiene el mismo lugar: es presupuesta por el argumento del contrato, no un producto de él. Ocurre lo mismo con la idea de que la estructura coercitiva de la sociedad es el tema del que se ocupan estas filosofías y la tesis relacionada a estas teorías de que las desigualdades son sociales, no naturales. Rawls deja claro que el dispositivo del contrato sirve para facilitar las comparaciones entre las concepciones de la justicia que compiten entre sí, escribe: “A cada aspecto de la situación contractual se le puede dar un fundamento” Rawls (1999c: 19). La idea de la justicia rawlsiana no es que las personas celebren de alguna manera un contrato precontractual para acordar cuáles serán sus capacidades morales, qué conjunto de bienes regirá su decisión o cuáles son sus fines. Todo esto es un antecedente de cualquier contrato posible: las partes en la “posición original” nunca podrían empezar a considerar alternativas a menos que esas cuestiones fueran establecidas por la concepción de las personas como libres e iguales, cada una con una responsabilidad especial por su propia vida. Un sistema de derecho privado elabora y concilia estos presupuestos de la posición original en la tesis de que los ciudadanos son capaces de asumir esa responsabilidad especial, utilizando sus medios de uso universal para establecer y perseguir su propia concepción del bien, independiente o cooperativamente, como ellos lo consideren. De este modo, no estoy atribuyendo una teoría “preinstitucional” del derecho privado para Rawls o para Kant, sino una teoría del lugar institucional del derecho privado: éste resuelve disputas privadas entre personas libres e iguales de manera consistente con la libertad e igualdad de todos, en el marco de instituciones jurídicas, encargadas de hacer efectiva la responsabilidad de los ciudadanos considerados como un cuerpo colectivo.

morales limitan los medios disponibles por el Estado para la persecución de fines públicos.¹³

Las dos capacidades morales equivalen a la distinción kantiana de Rawls entre lo racional y lo razonable. Las personas racionales son capaces de tomar los medios para la persecución de sus fines. En contraste, “las personas razonables [están motivadas por el deseo de] un mundo social en el cual ellas, como libres e iguales, puedan cooperar con los demás en términos que todos puedan aceptar. Esas personas insisten en que la reciprocidad debería imperar al interior de ese mundo, de modo que cada uno se beneficie junto con los demás.” (Rawls 2005b: 47, 50) La idea principal de la persona razonable es un límite sobre los medios que una persona usaría para la persecución de sus fines. Como ocurre en las capacidades morales, la persona racional y la razonable muestran los dos lados de la división de la responsabilidad: Solo puedo ser responsable de mi propia vida si soy capaz de tomar medios para establecer y perseguir mis propios fines, pero, como veremos, la responsabilidad por mi vida exige que acepte limitaciones sobre los medios que podría usar. Rawls menciona explícitamente una de estas limitaciones: no puedo demandar recursos extra de la sociedad basándome en la superioridad de mi idea de bien. Pero hay otra limitación, igualmente importante, sobre los medios que puedo usar.

Mi capacidad para establecer y perseguir mis propios fines debe ser consistente con tu capacidad para establecer y perseguir tus propios fines. No se nos puede exigir que los fines que de hecho perseguimos se reconcilien entre sí. Tal exigencia violaría una u otra de nuestras pretensiones de establecer y perseguir *nuestras propias* concepciones del bien al solicitar que uno de nosotros adopte los fines del otro para ayudarlo a lograr sus fines. En su lugar, evitamos interferir sobre la persona y la propiedad de otro. Cualquier cooperación entre nosotros debe ser completamente voluntaria. No puedo usar tu persona o propiedad para mis propósitos sin tu consentimiento, así como tampoco puedes usar mi persona ni propiedad sin mi consentimiento. Debemos tomar las medidas necesarias para evitar lesionarnos los unos a los otros. Si cualquiera de nosotros viola estas limitaciones, forzamos a otros a cargar con los costos que imponen nuestras decisiones.

II. Derecho privado, omisión y negligencia.

Con el fin de aplicar la idea de que cada persona tiene una responsabilidad especial de su propia vida a las transacciones entre personas privadas, necesitamos articular de algún modo la idea de interferir contra otra persona, así como la idea de aprovecharse de otra persona. Mostraré que estas dos ideas pueden definirse a través de las categorías básicas del derecho privado, tal como se encuentran en el derecho romano y los sistemas modernos del derecho civil y el *common law*.

Las categorías básicas del derecho privado sirven para definir y proteger los derechos de las personas y de cualquier propiedad que tengan. Los derechos de las personas y los

¹³ Discuto esta idea con más detalle en la nota 51.

derechos de propiedad son esenciales para una concepción específica de la libertad humana. Rawls vuelve explícita esta noción cuando habla de la capacidad moral de “formar, revisar y perseguir una concepción del bien, y deliberar de acuerdo con ella.” (Rawls 1999c: 72) La idea de perseguir una concepción del bien contrasta con la idea, muy diferente y central para el pensamiento no-liberal, de lograr *el* bien. El énfasis rawlsiano en la persecución y en “una concepción” del bien refleja su noción distintiva de cómo la elección en las relaciones interpersonales es un tema importante. En este punto, el lenguaje de Rawls hace eco de la distinción, introducida por Aristóteles (1962: 59) y desarrollada por Kant, entre deseo y arbitrio (MS, RL, AA 06: 213; 15-16). Desear algo es desear que fuera así; elegir algo es tomar los medios para lograr un resultado particular o general. En primer lugar, para elegir hay que ser capaz de concebir los resultados deseados, de ahí que se hable de concepción; en segundo lugar, hay que ser capaz de adquirir los medios adecuados para lograr los fines propuestos. Tener medios a tu disposición, la capacidad de considerar posibles usos para ellos y elegir entre ellos, distingue a la elección del mero deseo. Establecer y revisar una concepción del bien suena como si alguien lo pudiera hacer todo en su cabeza, independientemente de cómo sea de hecho del mundo o las acciones de los otros. Rawls dice algo distinto, plantear una concepción del bien no es, en sí mismo, una cuestión de justicia entre las personas. Solo cuando una persona actúa para lograr cierta concepción del bien surgen cuestiones de justicia, porque perseguir fines requiere de la disponibilidad de algunos medios. El bien, tal y como lo consideres, puede no ser bueno para ti y tal vez ni siquiera sea un bien en lo absoluto. Sin embargo, establecer y perseguir tu propia concepción del bien es el ejercicio más importante de tu libertad, porque tú eres la persona que establece el camino de tu vida. Ninguna otra puede escoger por ti, precisamente porque es tu vida. Desde la perspectiva individual, cuando estableces y persigues propósitos particulares, piensas en ellos no solo como tu concepción de bien, sino como algo bueno. El liberalismo rawlsiano no discute esa caracterización, sino que reserva para ti el derecho a ser tú quien juzgue qué fines vas a perseguir.¹⁴

Rawls, como Kant, guarda silencio acerca del valor de distintos fines, no porque suponga que no importan, sino porque la idea de que cada persona tiene una responsabilidad especial por su propia vida no exige centrarse en los *fines* que las personas persiguen, sino en los *medios* que utilizan para perseguirlos (Rawls 2000: 231). La idea principal de la división de la responsabilidad es que personas privadas solo pueden utilizar sus propios

¹⁴ Esta idea a veces se plantea en términos escépticos, pluralistas o epistémicos. Algunos dicen que creamos nuestro propio bien; otros dicen que diferentes personas tienen diferentes bienes y cada persona debe perseguir lo que considera bueno, más que tratar de perseguir lo que es bueno; mientras que otros insisten que realmente hay una respuesta a la cuestión de qué es lo mejor en la vida, pero resulta que no lo conocemos. El liberalismo rawlsiano contrasta con todas estas perspectivas, porque en el fondo es una teoría de los derechos: tú eres la persona que tiene el derecho para elegir tu propia forma de vida, nadie más tiene derecho a decidir por ti. Este derecho se sigue de las capacidades morales que posees como persona, capaz de establecer tus propios fines, no de una evidencia empírica o alguna hipótesis acerca de si tu vida es mejor si la haces a tu manera, tampoco porque se piense que no hay una respuesta determinada sobre el bien hasta que te hagas una.

medios para establecer y perseguir sus fines, y la sociedad como un todo solo puede utilizar dichos medios de maneras consistentes con la libertad de personas individuales.

La independencia del arbitrio de otra persona es importante, no porque se piense que es la mejor manera de promover elecciones exitosas, sino porque implica la idea más general de reconciliar los fines y propósitos de personas separadas, cada una de las cuales tiene una responsabilidad especial por su propia vida, a través de un conjunto de límites recíprocos. La independencia no se plantea como una hipótesis empírica sobre qué haría más probable para que las personas tengan control sobre sus vidas¹⁵, ese es un problema sin una solución general, sistémica o recíproca. Qué tanto control tengas de hecho sobre tu vida depende del contexto en el que te encuentras y en particular de las cosas concretas que deseas; tal vez tengas cierto grado de control sobre tu vida si resulta que quieres las cosas más fáciles de conseguir. En cambio, tu independencia del arbitrio de otros es entendida como tu derecho a ser el único que decida qué fines perseguirás con los medios que dispones.

La idea de que los medios particulares están a tu disposición introduce otros dos contrastes: Primero, entre ser sujeto solo a tus decisiones y estar sujeto a las decisiones de otra persona. Segundo, un contraste entre los medios disponibles para tu elección y el contexto en el que los usas. El contexto en el que usas tus medios está hecho por una cadena de elecciones de otras personas y las consecuencias de esas elecciones. No tengo derecho a usar los medios de otras personas por que se ajustan mejor a mis fines que los medios que tengo; no puedo obligarte a abstenerte de abrir un restaurante para que mi tienda tenga más éxito; no puedes obligarme a erigir un muro que de sombra a tu jardín o tirarlo para que puedas tomar el sol. Cada uno de nosotros es libre de usar sus capacidades para sus propósitos, lo que significa que nadie puede obligarte a crear un contexto favorable para fines que no son tuyos, así como tú no tienes el derecho de utilizar a otros para que provean un contexto favorable para tus fines. Por el contrario, como explicaré más adelante, cualquier cooperación entre nosotros debe ser voluntaria. Esta es la única manera en que cada uno de nosotros puede asumir la responsabilidad por el curso de su propia vida de forma coherente con la capacidad de los demás para hacer lo mismo. La independencia de todos los *efectos* de las elecciones de los demás es un ideal tan poco atractivo como irrealizable. Poco atractivo porque excluiría las actividades cooperativas que requiere del acuerdo de ambas partes; imposible porque las personas siempre usan sus medios en un contexto que está formado (en parte) por las elecciones de otras. La independencia como independencia de las elecciones de otros y la cooperación voluntaria son tanto atractivas como realizables.

La idea de que cada persona es responsable por su vida limita los medios que tienen disponibles para sus fines. En particular, la responsabilidad especial por mi vida solamente es consistente con la responsabilidad especial por la tuya si cada uno de nosotros tiene

¹⁵ Como resultado, mi propuesta no sucumbe a la crítica de John G. Bennett (2006: 1439-49) sobre que el derecho privado no podría tener tales efectos.

prohibido hacer uso del otro, o de usar los medios que le pertenece al otro, en la búsqueda de nuestros fines privados. Esta es precisamente la idea que articula el derecho privado. Thomas Hobbes (1991) y David Hume (1978) describen al derecho privado como el derecho de “lo mío y lo tuyo.” En los términos que expongo, el derecho privado describe las relaciones jurídicas de quién tiene dominio sobre qué medios. Articular estas relaciones requiere una perspectiva de cómo las personas pueden tener medios como suyos, de manera consistente con la independencia de cada persona con respecto al arbitrio de otros, esto es lo que ofrece el derecho contractual, el derecho de daños y el derecho de propiedad. No ofreceré detalles, pero expondré la estructura del contrato, la propiedad y del daño para aclarar este punto. El análisis que ofrezco será breve y estará basado principalmente en la división kantiana del “derecho privado” en su *Doctrina del Derecho* (MS, RL, AA 06: 245; 55).

La teoría de Kant ofrece las bases para el entendimiento de los aspectos remediales del derecho privado, pero no es, en primera instancia, una teoría de las reglas de la responsabilidad, compensación, daños o incluso de deberes de reparación. Por el contrario, es en primera instancia una teoría de las *obligaciones*: normas de conducta que gobiernan la interacción de personas libres e iguales. Estas normas son relevantes para la resolución de conflictos, pero las normas remediales de la justicia correctiva siguen las normas primarias de conducta. No es una teoría retrospectiva que busca asignar responsabilidad sobre la base de eventos pasados, sino una preventiva que busca guiar la conducta de las personas al delimitar los medios disponibles para ellas frente a otras personas privadas.¹⁶

Kant considera el derecho privado a través de su relación con la libertad, entendida como independencia del arbitrio de otros (MS, RL, AA 06: 237; 48). La idea de que puede haber un sistema de igualdad de libertades ha caído en desuso en los últimos años, pero Kant ofrece un correctivo contra esa tendencia al ofrecer una explicación clara y sistemática de las maneras distintivas en que las personas libres pueden interactuar, de manera consistente con la libertad de todos. Al hacerlo, ofrece una alternativa a la idea familiar de que el derecho privado solo puede ser entendido y evaluado en términos de sus “funciones”, donde estas son entendidas como los beneficios que provee. Desde el análisis kantiano, el derecho privado no determina un nivel óptimo de lesiones, ni motiva los contratos, así como tampoco protege a las personas contra agravios.¹⁷ Crea y establece un sistema de igual independencia para cada persona frente a las elecciones de otros.

La idea básica de Kant es que hay tres formas en que una persona privada puede interactuar y que corresponden a las tres formas básicas de las obligaciones legales.¹⁸ La primera, personas separadas pueden perseguir sus fines por separado; las acciones que emprenden para realizar sus fines son consistentes gracias a la prohibición de usar los medios que pertenecen a otros y al control de los efectos secundarios de sus propias

¹⁶ Explico este punto con más detalle en Ripstein (2007a)

¹⁷ Examinó la amplia irrelevancia del daño en la filosofía legal y política en Ripstein (2006)

¹⁸ Elaboro estas distinciones más a detalle en Ripstein (2004)

acciones para evitar dañar los medios que pertenecen a otros. Esta forma de interacción es protegida por los derechos negativos que cada persona tiene frente a otros: a la seguridad personal, a la posesión y al uso exclusivo de su propiedad. Esta interacción encuentra su expresión legal en el derecho de daños, que protege a las personas y sus propiedades en contra de lesiones realizadas mediante agravios, como la negligencia y la perturbación¹⁹, así como en contra del uso de otros a través de daños intencionales tales como el traspaso y la agresión. Los derechos de una persona y de su propiedad difieren de maneras importantes, pero son similares al otorgar al titular de la propiedad el derecho de asegurarse frente a otros y el derecho de excluir a terceros.²⁰

La segunda, personas separadas pueden perseguir sus fines por separado consensuada e interdependientemente. Al decir que sus fines permanecen separados no quiero decir que dos personas no puedan activamente compartir fines, sino que depende de cada uno decidir si los comparten. Las personas entran en acuerdos de cooperación que dan lugar a derechos vinculantes entre las partes. El derecho contractual da efectividad a estos derechos privados, permitiendo a las personas involucrarse en actividades de cooperación voluntaria al transferir sus poderes entre sí. La mayoría del derecho contractual está centrado en transferencias futuras de manera que podría erróneamente sugerirse que da efectos legales a la obligación moral de cumplir las promesas. En el análisis kantiano, sin embargo, la estructura fundamental del contrato está ya contenida en la transferencia de hecho de bienes o servicios: una persona da a otra el derecho de un acto. Las transferencias futuras son más familiares porque muchas formas significativas de cooperación toman lugar activamente a lo largo del tiempo. Como señaló Rawls (1999c: 360), la planeación es, en gran parte, programación. No hay una diferencia conceptual en las transferencias presentes: en cada caso, una persona adquiere los actos de otra.

La tercera, personas separadas pueden perseguir sus fines por separado interdependientemente pero no consensuadamente. En tales casos, si consentir es normativamente imposible (como en el caso del tutor de un menor de edad), o imposible de hecho con respecto a particulares (como en las relaciones de representación), o una combinación de ambas, una de las partes está obligada a actuar en nombre de quien no puede consentir, y queda excluida la posibilidad de beneficiarse de la relación. En tales casos, el beneficiario tiene algo más fuerte que un derecho contractual y la forma de este derecho es la del derecho a una persona, más que solamente en contra de una.

¹⁹ En el original *nuisance*, un tipo de daño, tanto público como privado, que consiste en una injerencia en el goce del inmueble que se habita (N.T.)

²⁰ Para Rawls, la propiedad se extiende a los dos principios de justicia y a la división de la responsabilidad. En *A theory of justice* dice que la elección entre capitalismo y socialismo se hace sobre la base de decidir cuál implementa mejor el principio de la diferencia (Rawls, 1999c: 247-248). En trabajos posteriores, sin embargo, clarifica que el derecho a tener una propiedad personal es una libertad básica, gobernada por el primer principio, aunque también defiende lo que llama “democracia de propietarios” como el sistema económico preferido (Rawls, 2001: 138). El análisis de la propiedad referido aquí aplica para cualquier propiedad que tengan personas y asociaciones privadas para perseguir sus fines privados.

La teoría de Kant ofrece una manera distintiva de entender la naturaleza de la interacción privada. Estas categorías pretenden ser exhaustivas, pero en lugar de explicar ese aspecto del argumento aquí²¹ quiero llamar la atención sobre la estructura general que impone esta concepción del derecho privado: las personas están obligadas a abstenerse de interferir entre sí. Pero cuando lo hacen, solo pueden interferir entre sí de forma cooperativa y voluntaria. Eres libre de tener acuerdos cooperativos con otros, pero nadie puede obligarte a cooperar. Este enfoque de la cooperación voluntaria es esencial para la capacidad de establecer y perseguir tus propias concepciones del bien. Tus poderes están disponibles para que los uses como consideres adecuados, pero no necesitas ponerlos a disposición de otros para que sean ellos quienes utilicen tus poderes de la manera que mejor les convenga. Si lo haces, entonces serías obligado a perseguir, o incluso ayudar en la búsqueda de, un propósito que no estableces por ti mismo. En términos rawlsianos, el ejercicio de tu primera capacidad moral estaría bloqueado.

La misma idea de cooperación voluntaria da lugar a la distinción familiar entre omisión y negligencia. El derecho privado, a través del derecho de daños y el derecho de propiedad, protege a las personas en todo lo que ya poseen. Sin embargo, las obligaciones negativas no hacen nada para proveer a las personas con los medios que necesitan, tampoco obligan a otros para proveerlos de dichos medios. El derecho contractual solicita acciones afirmativas, pero tienen que ser acordadas voluntariamente. Las obligaciones fiduciarias pueden ser más amplias, y la salida de ellas más onerosa, pero también deben ser acordadas voluntariamente.²² Nadie puede imponer obligaciones privadas afirmativas sobre ti como resultado de su necesidad, sin importar lo apremiante que sea.

El aparato básico del derecho privado refleja estas distinciones kantianas. En particular, la ausencia de un derecho privado al deber de rescate es en sí mismo una expresión de la idea de cooperación voluntaria y la distinción que la acompaña entre omisión y negligencia.²³ No tienes la necesidad de poner como disponibles tus medios o poderes al servicio de otra persona, aún en el caso extraordinario en el que la vida misma está en juego. Esto no refleja la distinción entre actos y omisiones o cualquier tesis distintiva acerca de la naturaleza de la causación. En su lugar, esta base normativa es solamente el requisito de que toda cooperación es voluntaria. Si nadie tiene una obligación de proveerme un beneficio, entonces no tengo derecho a obligar a nadie para darme aquello de lo que carezco. De la misma manera, es conocido que el derecho de daños excluye la compensación por pérdidas económicas que se siguen de la idea de cooperación voluntaria. En un clásico ejemplo, un acusado daña un puente por el cual el demandante tiene un derecho contractual, pero no un derecho de propiedad. Si el demandante no tiene derecho de propiedad sobre el puente, entonces no tiene la capacidad legal para excluir al

²¹ Este argumento lo desarrollo en Ripstein (2003: 6-22).

²² Los fideicomisos son sólo una excepción aparente a esta afirmación, ya que son respuestas remediales a una injusticia.

²³ Discuto este tema más a detalle en Ripstein (2000: 756-762)

acusado de usarlo o dañarlo.²⁴ Sin embargo, el propietario del puente puede exigir una compensación del acusado, y el demandante podría compensar al titular del puente dependiendo de los términos del contrato.²⁵ El demandante no puede proceder directamente contra el acusado, porque no tiene un derecho de uso exclusivo sobre el puente. El único derecho del demandante es un derecho contractual contra las personas en el contrato, es decir entre el titular del puente y él. El acusado es una tercera persona ajena al contrato celebrado entre el demandante y el propietario del puente, así que no pueden imponer ninguna obligación al acusado por medio de una cooperación voluntaria. El contrato no impone obligaciones a terceras partes no involucradas en el contrato.

Puesto en términos rawlsianos, el derecho privado como un todo asegura el ejercicio de la primera capacidad moral de las personas privadas, la capacidad para establecer y perseguir una concepción del bien, frente al derecho igualmente válido de todas las personas privadas de hacer lo mismo. Con relación a esta capacidad moral, su rol es constitutivo, más que instrumental. Su afirmación no significa que, detrás del velo de la ignorancia rawlsiano, personas racionales y completamente informadas podrían predecir que un sistema de derecho privado mejoraría sus perspectivas para el ejercicio de esta capacidad moral. Quienes se preocupan por maximizar sus perspectivas de éxito podrían elegir ignorar prudentemente la distinción entre omisión y negligencia, o de aplicarlo solo selectivamente sobre la base del interés particular que está en juego y estimar las circunstancias en la cuales es más probable que se encuentren. Por ejemplo, el interés individual de permanecer con vida es tan importante que, desde el punto de vista de la maximización de la capacidad para establecer y perseguir fines, podrían estar de acuerdo en un esquema de ayuda mutua, permitiendo que un riesgo mayor compense uno menor. Pero este no es el lugar del derecho privado en la división de la responsabilidad, su rol es parcialmente constitutivo: la responsabilidad especial que cada persona tiene por su propia vida no es la conclusión del argumento contractual, sino la premisa que le da todo su sentido moral. Las personas están autorizadas a usar sus capacidades como consideren adecuado, siempre que sea consistente con la habilidad de otros de hacer lo mismo.

Si la elección de las reglas o el sistema del derecho privado es tratado como una decisión que toman las partes en la posición original, a la luz de sus intereses esperados, el argumento del contrato simplemente colapsa en una forma de consecuencialismo, ya que las partes buscan que sus expectativas resulten favorecidas en los sistemas de

²⁴ Ver, por ejemplo, *Rickards v. Sun Oil Co.*, 41 A.2d 267, 269 (N.J. 1945) (negativa de compensación por daños no previsibles, por lo que la persona que ocasiona la pérdida no tiene el deber, derivado de un contrato u otro medio, de subsanar la pérdida que sufrió la persona); *Weller & Co. v. Foot & Mouth Disease Research Institute*, (Q. B. 562, 587); *Barber Lines A/S v. M/V Donau Maru*, 764 F.2d 50, 51 (1st Cir. 1985) (negativa de compensación por daños puramente financieros causados por negligencia, incluso donde la lesión era previsible).

²⁵ Véase *Barber Lines A/S*, 764 F.2d, 54 (defendiendo la decisión de negar una compensación porque, entre otras razones, quien fue agraviado financieramente podría haber contratado previamente un seguro o una indemnización alternativa).

competencia.²⁶ Sin considerar todas las dificultades con el utilitarismo, que son descritas por Rawls en su famosa tesis de que “ignora la distinción entre personas”, la principal dificultad con la perspectiva consecuencialista del derecho privado es que resulta inconsistente con la división de la responsabilidad y la responsabilidad especial que cada persona tiene por su propia vida. La distinción entre omisión y negligencia es invisible desde una perspectiva consecuencialista precisamente porque tal distinción es justamente la distinción que aplican las personas a sus interacciones privadas. Si un artículo del derecho privado es elegido sobre la base de sus consecuencias esperadas, entonces las personas tienen que rendir cuentas no sobre la base de sus propias elecciones sino sobre las ventajas agregadas que se derivan de los demás.²⁷

El derecho privado protege a las personas en lo que ya poseen y les da derecho a decidir cómo responderán a los incentivos ofrecidos por otros. Nadie necesita cooperar con otros si no desea hacerlo. Este enfoque dual que protege lo que las personas ya poseen y que les permita decidir cómo pueden ser usadas sus capacidades ofrece una explicación de la formalidad del derecho privado, así como de su relación con la libertad. El derecho privado es formal porque gobierna las relaciones entre personas con respecto a los medios que poseen, independientemente de cualquier investigación sobre los medios que una persona particular posee. La división de la responsabilidad también explica por qué el derecho privado debe ser parte de una estructura coercitiva de la justicia rawlsiana: sus obligaciones son las protecciones que permiten a las personas el ejercicio recíproco de su primera capacidad moral.

La atención en la cooperación voluntaria podría sugerir que el derecho privado es solo un tipo de justicia que es consistente con la libertad individual. En particular, el Estado se

²⁶ Explico con más detalle este punto en Ripstein (2004: 1821)

²⁷ Es posible generar una tensión aparente entre cualquier teoría de conflictos entre privados y la atención que pone Rawls en la justicia distributiva. Koradana y Tabachnick (2006: 1280) hacen lo anterior cuando caracterizan a Rawls con la idea implausible de que su principio de diferencia genera un ideal de las porciones distribuidas para todos, momento a momento, y establece las reglas del derecho privado para aproximarlos a este ideal. Los argumentos de Rawls van en una dirección muy diferente porque sostiene que el principio de la diferencia no gobierna las distribuciones como tal, sino las expectativas generadas por instituciones sociales (Rawls, 1999c: 64) Los ciudadanos responsables de sus propias vidas pueden usar o disponer de sus porciones distribuidas, individual o colectivamente, como mejor lo consideren adecuado. En *Political Liberalism*, Rawls es explícito en que el conjunto de transacciones privadas no tiene permitido generar injusticias (Rawls, 2005: 266) y está implícito que los micro-efectos de las elecciones particulares, como tal, no generan injusticias. De esta afirmación no se sigue que sea ineficiente corregir, por razones externas tales como altos costos de transacción, pequeños desequilibrios distributivos que pueden ocurrir cuando alguien hace una compra o dañen una propiedad. Las transacciones privadas permitidas no generan ninguna injusticia. Cada persona tiene derechos contra la sociedad, como un todo, a una estructura básica justa y contra otros ciudadanos a transacciones individuales justas. Tomando prestada una distinción útil de Stephen Perry (2000: 237, 245), Rawls ofrece una perspectiva de la justicia distributiva *dinámica* más que estática. El “derecho privado” kantiano es simplemente una demarcación de los límites de las transacciones privadas legítimas.

La idea que la preocupación por las expectativas de los más desfavorecidos *debe* dar cuenta de las porciones distribuidas momentáneas es un residuo de la suposición de que la moralidad está completa sin instituciones, por lo que las instituciones deben diseñarse de manera que se aproximen a un resultado que puede ser especificado sin referencia a un contexto institucional. Este no es el punto de vista de Rawls.

presenta a sí mismo como una forma de cooperación *obligatoria*, de manera que podría parecer que está en tensión con la idea de libertad. En lo que sigue, argumentaré que el derecho privado requiere de justicia pública.

III.El otro lado de la división: El derecho público.

El derecho privado delimita una esfera de libertad individual y cooperación voluntaria. Eres libre de usar tus recursos como consideres adecuado, en formas consistentes con el derecho de los demás de usar los suyos. No tienes que cooperar con nadie a menos que elijas hacerlo. Estos límites no son de autovigilancia ni de autocontrol, por el contrario, cualquier obligación coercitiva para realizarlos necesita hacerse de maneras consistentes con la igual libertad de todos.

Rawls describe al Estado como una forma de cooperación social, de manera que podría equivocadamente sugerir que es como otras formas de cooperación social, como la liga de béisbol, una comida en el parque organizada con los vecinos,²⁸ una orquesta,²⁹ o para usar el ejemplo famoso de Hume, dos hombres remando al unísono a través del estanque.³⁰ Estas representaciones idílicas de la cooperación social son modelos pobres del tipo de cooperación que involucra el Estado. La acción estatal no es solamente una versión más compleja de un grupo de personas que se reúnen, establecen una división del trabajo y se ponen a trabajar para lograr fines en común. Los Estados ejercen poderes que pocas personas concederían a los demás miembros de su equipo de béisbol o de su orquesta. Para empezar, estos poderes son capaces de cumplimiento forzado y redistribución. Los vecinos que organizan anualmente para una comida en el parque difícilmente pensarían que tienen derecho a entrar en la casa del vecino gorrón que come demasiado y nunca contribuye, para tomar la parte que les corresponde. El vecino enojón que se escapa del parque no puede ser forzado a integrarse a la convivencia. En contraste, el Estado hace que las personas paguen por los beneficios que reciben, ya sea que los quieran o no. Los Estados también tiene el derecho de promulgar leyes vinculantes y obligar a las personas para cumplir dichas leyes. El Estado tiene el derecho de ejercer estas habilidades dentro de su territorio (y en algunas ocasiones incluso fuera de él), de modo que la participación en esta forma de cooperación social no es voluntaria. De esta manera, la acción estatal es fundamentalmente diferente del tipo de cooperación social voluntaria que se encuentra en el corazón del ordenamiento privado.³¹

²⁸ Véase A. John Simmon (2000) capítulos 1 y 2.

²⁹ Véase Dworkin (1996)

³⁰ Hume (1978: 490)

³¹ A esta cuestión no le concierne ni la existencia de una obligación moral de obedecer la ley, aparte de sus méritos morales, ni las actitudes que los ciudadanos deberían tomar hacia el derecho. Los últimos son temas interesantes, pero no son objeto de reflexión en este artículo. En su lugar, me concentro únicamente en la cuestión de la legitimidad: ¿En qué condiciones una sociedad puede obligar a sus miembros a actuar conforme a sus requisitos, tanto bajo la forma de requisitos de primer orden (normas de conducta) como la de resolver conflictos en foros designados para la resolución de disputas? La cuestión de un derecho estatal para ejercer coerción difiere de otra idea, familiar en la teoría constitucional, según la cual el orden constitucional

Existen varias estrategias para negar o salvar estas diferencias. Las primeras dos corresponden a dos formas de colapsar la distinción entre derecho público y derecho privado que mencioné al inicio del párrafo. Los utilitaristas y los igualitaristas que niegan la integridad normativa y el significado del derecho privado pueden decir que el carácter voluntario de tales interacciones solo es incidental a los beneficios que proporciona el derecho privado y que sus reglas deben ser seleccionadas sobre la base de sus efectos esperados.³² Esta forma de entender los poderes público es solo el reverso del rechazo de una perspectiva distintiva de orden privado.³³

La otra forma conocida de colapsar la distinción es a través de una interpretación lockeana de la metáfora del contrato social, junto con la doctrina del consentimiento, para argumentar que los Estados son los únicos legítimos cuando son formas genuinas de cooperación voluntaria. La perspectiva lockeana entiende las relaciones entre el individuo y el Estado de la misma manera que las relaciones entre individuos privados: las relaciones son legítimas solo si son completamente voluntarias. La invocación por parte de Locke del concepto de consentimiento tácito atenúa parte de la fuerza de esta equivalencia, pero la estructura de la estrategia es clara: solo el ordenamiento privado es consistente con la libertad. La estrategia lockeana reduce la justicia pública al derecho privado al negar el significado normativo del aspecto público más obvio del derecho privado: la resolución de disputas a través de procedimientos públicos que aplican leyes articuladas que gobiernan a todos los ciudadanos, es decir el Estado de Derecho. Locke argumentó que las personas racionales preferirían el Estado de Derecho al Estado de Naturaleza, que lo adoptarían por fines instrumentales (Locke 1960: 368). Pero el Estado de Derecho no tiene peso normativo independiente de acuerdo con esta visión. Tal como el utilitarista ve al derecho privado como un simple instrumento en relación con un conjunto de objetivos, así el lockeano ve al aspecto público del Estado de Derecho como un mero instrumento para un conjunto diferente de objetivos.

La tercera estrategia, presente en Kant (MS, RL, AA 06: 311-318; 139-149) y Rawls (2005b: 393), supone que el Estado tiene un conjunto de poderes distintivos que solo puede ejercitar legítimamente desde una perspectiva pública. La existencia de tal perspectiva pública es un prerrequisito para cualquier ejercicio legítimo de la fuerza. En el

solo es legítimo si los ciudadanos lo aceptan voluntariamente como fuente de obligación moral. La vida social bien podría ser imposible si la mayoría de las personas no cumple voluntariamente con las exigencias de la ley, pero la aceptación de las obligaciones legales no es suficiente para su legitimidad. Del mismo modo, diferentes regímenes políticos podrían ser evaluados por su éxito en la protección de derechos importantes, pero la cuestión de la legitimidad es la cuestión de usar la fuerza para hacer cumplir el derecho.

³² Sobre este punto, por ejemplo: Dworkin (1986: 276-312; 2000: 157); Posner (1990: 360); Calabresi (1970: 24-34); Kaplow and Shavell (2000: xvii); Landes and Posner (1987: 4-5); Kordana and Tabachnick (2006: 1287-88); Kronman (1980: 474). Dworkin está dispuesto a conceder cierta independencia significativa al derecho contractual, pero no al derecho de daños. Examinó este punto en Ripstein (2007b)

³³ La idea familiar en el análisis económico de que los intercambios voluntarios son preferibles subraya este punto: los intercambios voluntarios producen un incremento neto en la riqueza. Incluso cuando esta tesis es tomada como una definición analítica, más que un descubrimiento empírico, el análisis económico, como en el utilitarismo, evalúa la voluntad en el intercambio en términos de sus efectos.

vocabulario preferido por Kant, esta forma es la “voluntad unida” (MS, RL. AA 06: 313; 142); en el lenguaje de Rawls (1982: 10) “los ciudadanos como cuerpo colectivo” actúan juntos. Una tarea central de la filosofía política es articular los elementos característicos y los requisitos de esta perspectiva pública. Esa estrategia es la que exploraré aquí.

La estrategia kantiana articula la naturaleza pública de los derechos y al hacerlo revela las demandas más amplias de la justicia pública. Así como el argumento de Kant sobre los derechos privados no es instrumental, así también su argumentación sobre de la justicia pública. No apela a cuestiones de hecho sobre la probabilidad del conflicto o su falta de resolución en el estado de naturaleza, en el que las partes privadas estarían abandonadas a su suerte con sus propios medios para la aplicación de leyes. Kant no habría negado que la “madera deformada” (IaG, AA 08: 23-24)³⁴ conduciría al conflicto, pero tales afirmaciones no cumplen ningún rol en su argumento, porque está centrado en las insuficiencias *normativas* de la ejecución privada de las leyes. Para Kant, este cumplimiento privado de derechos no es únicamente poco fiable, ineficiente o susceptible de escalar. Incluso si la buena suerte evitara el surgimiento de estos problemas, el problema subyacente permanecería. La idea de una “aplicación privada del derecho” es inconsistente con las ideas de libertad e igualdad que hacen a los derechos privados y la cooperación voluntaria tan convincentes. La aplicación privada del derecho es siempre una aplicación unilateral, es siempre el derecho del más fuerte.

IV. La aplicación privada de derechos.

Es un lugar común en la filosofía política que el derecho privado es parcial y desconfiable. La aplicación privada de derechos es probable que exacerbe los efectos de las disputas y favorezca el desacuerdo. De esta observación, Locke concluye que las personas prudentes abandonarían el Estado de Naturaleza y delegarían su poder ejecutivo al Estado para ser ejercido por éste en nombre de todos.

Una comprensión superficial admite que la perspectiva kantiana es similar, pero las raíces de la argumentación son fundamentalmente diferentes porque Kant niega que pueda haber un poder ejecutivo que garantice los derechos sin instituciones imparciales para la adjudicación y el cumplimiento de derechos. La perspectiva lockeana pasa de la premisa verdadera de que los derechos basados en la libertad establecen límites necesarios al uso legítimo de la fuerza, y de su corolario de que los derechos son exigibles, a la afirmación adicional de que cada persona tiene un “derecho ejecutivo” para hacer cumplir sus derechos en ausencia de instituciones y procedimientos. Locke (1960: §7 271-272) escribe:

Pues la *ley de la naturaleza*, como todas las demás leyes que conciernen a los hombres en este mundo, sería vana si no hubiera un cuerpo que en el Estado de Naturaleza tuviera el *poder de ejecutar* esa ley, y así preservar a los inocentes y restringir a los infractores.

³⁴ La traducción de Isaiah Berlin (1990) que se refiere a la “madera torcida de la humanidad” es más familiar.

Si cualquiera en el Estado de Naturaleza pudiera castigar a otro, por cualquier mal que haya hecho, todos podrían hacerlo; porque en ese *Estado de perfecta igualdad*, no hay superioridad o jurisdicción de uno sobre otro, lo que cualquiera puede hacer con la aplicación de esa ley, todos deben de tener el derecho a hacerlo.

La observación de Locke sobre la inaplicabilidad de la ley (su carácter banal) es perfectamente acertada, pero la implicación adicional que espera establecer está en tensión con la exigencia más general de que los derechos de las diferentes personas forman un conjunto consistente. Mi derecho termina donde el comienza el tuyo y, de manera más general, un sistema de derechos establece límites recíprocos a la libertad: ninguna persona tiene el derecho de limitar la libertad de otras unilateralmente. Como ahora explicaré, si los derechos privados son entendidos como sistemáticos, entonces nadie puede tener un derecho privado a su aplicación que sea consistente con que otros disfruten de los mismos derechos. En cambio, las personas podrían tener el derecho a que el cumplimiento de cualquier derecho se rija por procedimientos justos³⁵. La conclusión de la acertada observación del Locke sobre las dificultades de la incapacidad de hacer cumplir los derechos es que la única forma en que alguien puede tener el derecho es si todos poseen ese mismo derecho. El derecho pertenece a los ciudadanos considerados como un cuerpo colectivo, más que cualquiera considerado como individuo.³⁶

Quiero considerar brevemente la idea lockeana de que las personas en el Estado de Naturaleza transfieren sus derechos privados al Estado para asegurar las ventajas que se derivan de un cumplimiento consistente y uniforme del derecho. El núcleo del argumento

³⁵ John Simmons (1992: 153) ofrece la defensa más plausible de la idea de un derecho lockeano al castigo en el Estado de Naturaleza: “[e]n la medida en que hay reglas morales objetivas (que definen los derechos) bajo las cuales todas las personas (originalmente) se encuentran y la protección bajo las reglas depende de la obediencia de los demás a ellas, entonces, una pérdida proporcional de los derechos morales puede ser una consecuencia necesaria de infringir los derechos morales de otros”. Dejando de lado cualquier otra dificultad que pueda tener este argumento, no conduce a un derecho de castigar, sino a un derecho de sujeto de castigo por procedimientos públicos.

Simmons sugiere que Locke combina argumentos del derecho natural con argumentos teológicos y reglas utilitarias para generar su teoría de los derechos naturales. Aunque este no es el lugar para examinar a detalle los argumentos, vale la pena señalar que las premisas básicas tanto de argumentos los teológicos como de utilitarios están en la misma tensión que la idea de la ejecución de los derechos en el Estado de Naturaleza, como lo está en el caso kantiano que aquí expongo. El argumento teológico de que el mundo fue dado a la humanidad en conjunto presupone que los derechos generados a través de este acto de gracia divina forman un conjunto consistente, algo que no hace la ejecución de los derechos en el Estado de naturaleza. El argumento utilitarista trata de justificar los derechos privados sobre la base de que son el conjunto más ventajoso de los límites globales de la conducta. Sin embargo, la cuestión empírica no puede examinarse sin plantear también la cuestión del cumplimiento forzado de derechos. Dadas las “inconveniencias” de la ejecución privada que señala Locke (1960: 350-353) la mejor regla general no puede ser una que genere derechos que entren en conflicto de esta manera. En cambio, las dificultades de la aplicación privada del derecho deben entrar en la evaluación de las consecuencias de cualquier conjunto de derechos propuesto. De nuevo, parece que el derecho a un procedimiento justo sería la solución utilitaria; pero los argumentos del derecho natural operan de manera distinta, en ellos la raíz del problema es más clara: si los derechos naturales son una alternativa genuina a las teorías del derecho divino del gobierno, entonces deben comenzar con la idea de que las personas son libres e iguales, que es precisamente la misma idea de que los derechos de las diferentes personas, tanto primarios como ejecutivos, deben formar un conjunto consistente.

³⁶ Agradezco a Jonathan Wolff por sugerirme esta forma de presentar mi punto.

de Kant es que el derecho al cumplimiento de derechos no puede disfrutarse en un Estado de Naturaleza. El derecho que Locke imagina es uno que la gente regala y que sólo puede disfrutarse a través del Estado de Derecho.

Según Kant, un derecho es tanto un título para coaccionar como una parte de un sistema de derechos. Los únicos derechos que podemos tener son los que coinciden con los que tienen los demás en un sistema de igual libertad a través de derechos iguales. El derecho al cumplimiento de derechos no es diferente: también debe formar parte de un sistema de igualdad de derechos.

El derecho a garantizar los derechos es reparador: aborda una ilegalidad privada de una manera consistente con el derecho subyacente. En el análisis de Kant la injusticia privada es siempre un asunto de una persona que está sujeta al arbitrio de otra. Si te privo de los medios que son legalmente tuyos, quizá te golpee por descuido y lesionó tu cuerpo o daño tu propiedad, interfiero con tu derecho a ser el único que determina cómo tus medios serán usados, atento contra tu derecho a continuar teniendo los medios que ya posees. Porque es un derecho, solo es vinculante contra otras personas y, de acuerdo con el derecho privado, no tienes derecho a reclamar si gracias al granizo de la lluvia te resbalas y te lastimas, o si la intensa lluvia daña tu propiedad, porque no hay ninguna otra persona para reclamarle por ello.³⁷ Tienes todo el derecho de demandarme a mí y a mis acciones si fui yo quien causé esos daños. Al cometer una injusticia contra ti, alteré nuestra respectiva independencia, los límites de nuestro arbitrio ya no son recíprocos, sino están sujetos a mi arbitrio unilateral. El remedio que tienes contra mi acción te devuelve lo que te corresponde desde el principio. Desde el punto de vista de nuestra libertad, es como si la injusticia *nunca hubiera pasado*, aunque desde el punto de vista mis recursos, es como si los hubiera malgastado. Tu derecho para hacer efectiva una resolución contra mí es un derecho para hacerme restaurar la posición que tendrías si yo nunca hubiera cometido una injusticia en contra tuya. Tu derecho sobrevive a mi injusticia en la forma de remedio, éste sirve para deshacer el aspecto unilateral de mis hechos.³⁸

La idea kantiana es que los derechos primarios a la libertad deben estar sujetos a límites recíprocos, así como también los derechos secundarios. Tu derecho a un remedio en respuesta a mis actos ilícitos mantiene tu derecho y, en cierto sentido, garantiza que sobreviva a mi injusticia, porque te ofrece el derecho a los medios equivalentes de los que te privé. Sin embargo, tus acciones para hacer efectiva una resolución parecen tener el mismo problema que mis actos ilegales: tus acciones son puramente unilaterales. Debido a todas las razones por la que ni tu ni yo podemos someter nuestros actos al arbitrio de otros, ni tu ni yo podemos someternos al arbitrio del otro con respecto a la *anulación* de las injusticias que se han cometido.

³⁷ A menos que alguien incumpla una obligación contractual de proteger tu propiedad (por ejemplo, tu coche)

³⁸ Explico esto más a detalle en Ripstein (2007a).

En el vocabulario preferido de Kant, los derechos son un asunto de “libertad según leyes universales” (MS, RL, AA 06: 231-232; 39-41) De la misma manera, el cumplimiento de los derechos debe ser consistentes con la libertad de todos según leyes universales. Los derechos privados se presuponen como aplicables porque cualquier violación a ellos es inconsistente con la igualdad de libertad, así que cualquier aplicación de estos simplemente repara esa inconsistencia. Pero la libertad debe ser reparada de manera que preserve la igualdad de la libertad en lugar de subvertirla.

Al igual que el argumento de Kant sobre los derechos privados está centrado en la formalidad de los derechos primarios, su argumento sobre el cumplimiento de los derechos pone de manifiesto la dificultad formal paralela al cumplimiento unilateral. Concluye que los derechos nunca pueden estar asegurados en el Estado de Naturaleza, no importa que tan “buenos y amantes del derecho que quiera pensarse a los hombres” porque el problema está en el derecho de una persona a decidir, no con la probabilidad o las consecuencias del abuso de ese derecho (MS, RL, AA 06: 312; 140). La aplicación privada de los derechos no solo es inconveniente, es inconsistente con la justicia porque, en última instancia, es el derecho del más fuerte.³⁹

El tratamiento de Kant de los derechos privados muestra que los límites recíprocos de la libertad pueden articularse en un alto nivel de abstracción, pero al nivel del detalle moral en el cual las personas interactúan, las categorías formales del derecho privado no se aplican por sí mismas. Las personas que actúan de buena fe podrían estar en desacuerdo acerca de lo que requieren en un caso particular. Si tú y yo no podemos estar de acuerdo acerca de si tu lesión era una consecuencia esperable de mi conducta, si cumplimos con un contrato o no, o qué aspectos de mi pérdida están contenidas dentro de tus acciones ilícitas, nuestros desacuerdos pueden sobrevivir tanto a nuestro acuerdo sobre cómo ocurrieron los hechos por los que disputamos, así como también a un acuerdo sobre los principios generales que deberían gobernar nuestras interacciones. Tal vez hay una perspectiva desde la cual se podría decir que nuestras respuestas son igualmente buenas, por lo que ninguno de nosotros tiene razón para mantener su punto de vista. Sin embargo, tampoco tendríamos razones para adoptar la postura del otro, porque cada uno considera como válida su propia posición. Puedo pensar que deberías reconocer que nuestras perspectivas son igualmente válidas y, por tanto, apoyar mis ideas como la solución justa a nuestro conflicto; pero también podrías pensar que yo debería apoyar tu solución, y ese es

³⁹ Lo mismo puede decirse acerca de los derechos privados de acción: tu derecho primario a estar libre de interferencia de otros y a que otros satisfagan sus obligaciones contigo, genera un derecho de reparación si otros han violado tus derechos (Zipursky 2002: 643-44). Tu derecho a la acción es consistente con los derechos de otros solo si hay un procedimiento justo que determine los contornos precisos de tus respectivos derechos y la aplicación de estos contornos en situaciones concretas. Si hago algo que crees que viola tus derechos y ejercitas la “auto-ayuda”, reclamando alguno de mis animales o tirando mi valla, y pienso que no he hecho ninguna injusticia, o algún mal menor, entonces es probable que nuestro conflicto se intensifique, porque yo busco una reparación por lo que creo fue una injusticia de tu parte. Que los conflictos escalen es un síntoma de un problema normativo: si ambos nos situamos en lo que consideramos nuestros derechos, nuestra posición es inconsistente con nuestros derechos, así que nuestra conducta no está sujeta a límites recíprocos.

exactamente nuestro problema. Todo lo que podemos hacer es actuar conforme a nuestro mejor juicio ¿Por qué retroceder si crees que la justicia está de tu lado, aún si no está únicamente de tu lado? Tu sentido de la justicia exige que aceptes las exigencias de otros, pero no que renuncies siempre a las tuyas.

Si nos dejan resolver nuestro conflicto por nuestra cuenta, uno de nosotros probablemente esté dispuesto a retroceder en la argumentación, o quizás llegaremos a algún tipo de compromiso. La disposición para retroceder o comprometernos refleja la buena fe de ambos, pero también el derecho del más fuerte, porque el hecho de que uno de nosotros esté dispuesto a retroceder, o que tengamos la voluntad de comprometernos, depende de la persona contra la que discutimos, no de nuestra percepción de los méritos del caso en cuestión. Si soy más grande que tú, tendrás incentivos para aceptar mi propuesta; pero si doy la impresión de ser tan tímido que no pelearía por mis derechos, tendrás incentivos para rechazar mi propuesta.

La aplicación privada de los derechos puede ser ventajosa para la parte que prevalece en la discusión, ya sea porque se impone como la solución o porque la persona que se impone está de acuerdo contigo. Pero siempre hay alguien que está sujeto al arbitrio de otro, y quién sea el ganador depende de factores que el perdedor debería considerar como arbitrarios. Incluso si, actuando de buena fe, ninguno de nosotros utiliza su carácter amenazante, su encanto o su necesidad, la parte que concede el punto ante el desacuerdo lo hace a la luz de factores que él o ella creyeron ser arbitrarios con relación a los méritos del caso. Nuestro desacuerdo sobrevive a nuestras consideraciones personales de lo que es relevante para el asunto. Cualquiera de los motivos que hacemos para la concesión es estratégica en el sentido estricto de que nuestra aceptación depende de algo más que los méritos percibidos en la disputa. Esa arbitrariedad significa que el perdedor está sujeto al arbitrio del ganador.⁴⁰ Quizá ninguno de nosotros retroceda en sus demandas y lucharemos para lograrlo, introduciendo el derecho del más fuerte en un sentido más vulgar.

⁴⁰ Kant rastrea este problema y su solución en lo que él llama el “derecho innato a la humanidad” en tu propia persona (MS, RL, AA 06: 237; 48). El derecho es innato porque no requiere un acto afirmativo para establecerlo. Es, a la vez, el derecho a la libertad y a la igualdad, es decir, el derecho a no estar obligado por otros más que de la misma manera en que ellos están obligados por ti y, al mismo tiempo, el derecho a ser “un hombre íntegro”. Establece la conexión entre ambos de manera sorprendente: primero, dice que solo hay un derecho innato (MS, RL, AA 06: 237; 48). Después, insiste que este derecho contiene el derecho a ser un hombre íntegro. Que el derecho innato contenga estos derechos se desprende de la plausible afirmación (que Kant defiende explícitamente) de que los derechos son ejercidos con coerción. El primer aspecto del derecho innato a la humanidad, el derecho a la libertad consistente con la libertad de los demás, gobierna las normas básicas de interacción. Deben ser normas de igual libertad, garantizando que ninguna persona esté sujeta al arbitrio de otra. La perspectiva de Kant del derecho privado articula la estructura de la interacción independiente. El segundo aspecto del derecho innato a la humanidad gobierna la ejecución de los derechos, vía la aplicación de esas normas primarias de conducta a los casos particulares. Así como la libertad de cada persona necesita estar limitada por la libertad de los demás para formar un conjunto coherente, así también el derecho de cada persona a hacer efectiva una resolución particular a casos de conflictos entre derechos, necesita ser parte de un conjunto consistente tal que el proceso para la resolución de disputas no se convierta en la sujeción de una persona al arbitrio de otra. Kant deja este punto explícito cuando nota que el derecho de ser un hombre íntegro es la base para la carga de la prueba: una persona tiene el derecho de presumirse

Hacer que la resolución de nuestro conflicto dependa de estos factores no es solamente irrelevante desde el punto de vista de la justicia, sino contrario a ella porque tal relación es inconsistente con la idea de que estamos sujetos a las mismas limitaciones a nuestra libertad, de que nuestros derechos son idénticos formalmente. La persona que retrocede en tales situaciones habría hecho mejor si se hubiera mantenido en sus derechos, pero seguirá estando sujeta a la voluntad de otra persona.

La solución a este problema es el Estado de Derecho: solución imparcial de conflictos, reglas generales que sean vinculantes a todos por igual. La imparcialidad es un requisito de un tribunal, aunque *no lo sea* de las partes privadas que llevan sus conflictos ante un juez. Al establecer y perseguir nuestras propias concepciones del bien, no necesitamos tratar imparcialmente nuestros propósitos ni los de los demás. Tienes el derecho a ser parcial con tu propia concepción del bien e indiferente al mío. La imparcialidad es importante *para un tribunal* porque su tarea es resolver litigios, de manera consistente con la libertad de las partes que se presentan ante ella. Cuando un demandante acude ante el tribunal, alegando que el acusado le ha hecho una injusticia, demanda un remedio que repare ese perjuicio. El demandante está pidiendo al tribunal que le conceda un poder extraordinario: el poder exigir un derecho contra los recursos del acusado, y así interrumpir el poder del acusado de utilizar sus recursos como lo considere adecuado. La solicitud de tal poder solo puede ser consistente con la libertad del acusado siempre que el foro que lo garantiza es adecuadamente imparcial.⁴¹

inocente. Por lo general, la carga de la prueba es pensada como una cuestión pragmática o administrativa, a través de la cual las instituciones asignan la carga de la prueba para facilitar su tarea o evitar litigios frívolos. Kant ofrece una respuesta fundamentalmente distinta: la carga de la prueba recae en el demandante porque ninguna persona tiene el permiso de forzar a otra (o solicitar al Estado que lo haga) simplemente por su voluntad. La misma estructura normativa que da lugar a los derechos privados da lugar al derecho a la justicia procesal que gobierna la aplicación de esos derechos. Cada aspecto de la reparación de los derechos es un derecho a un proceso justo, no a la indulgencia de las partes. Si una injusticia privada es aprovecharse injustamente de los demás, entonces también lo es resolver un conflicto por la decisión de una persona privada.

⁴¹ La objeción de que las acciones privadas para hacer efectiva una resolución en el Estado de Naturaleza es que sujeta a una persona al arbitrio de otra, de modo que mantener tu derecho contra mí depende de que tan creíbles sean tus poderes de resolución, o si soy más más justo y nuestro Estado de Naturaleza más lockeano, en que tan convincente encuentre tus argumentos. Podría pensarse que las instituciones resuelven esta parte del problema, solo para sustituirlo por otro. Puede ser que, si se han establecido tribunales con poderes policíacos honestos y competentes que cumplan sus sentencias, el éxito de tu demanda contra mí no dependa directamente de nuestra respectiva fuerza física. Podría pensarse que depende de lo buen abogado que eres, o que tan buen abogado seas capaz de contratar y, por lo tanto, en última instancia, en que tan convincentes sean tus argumentos ante el juez. Incluso si la fuerza de un argumento es menos violenta que el argumento de la fuerza, podrías reprochar que la resolución de nuestro conflicto depende de lo que decida el juez. El mundo real del proceso legal podría erosionar aún más tu confianza, porque es un hecho común que los procesos judiciales son caros y solo aquellos con el suficiente dinero para retrasar los procesos pueden simplemente poner precio a sus oponentes fuera del sistema. Estos son los recordatorios contemporáneos a la observación de Locke (1960: 294):

Los monarcas absolutos no son sino hombres, y que si el gobierno ha de ser el remedio de esos males, que necesariamente se siguen de que los hombres sean jueces en sus propios casos, y el Estado de Naturaleza, por tanto, no se puede soportar, deseo saber qué clase de gobierno es, y cuánto mejor será, que el Estado de Naturaleza.

V. Dos clases de disputas legales.

De acuerdo con Kant, las instituciones legales ofrecen publicidad de dos maneras que se superponen, reflejando las diferencias entre dos tipos diferentes de querellas legales sobre derechos privados. En una clase de casos, un tribunal provee un foro imparcial para que los conflictos entre particulares tengan una respuesta completamente determinada a nivel del derecho privado. En algunas ocasiones, el acusado gana porque el demandante no logra establecer un curso de acción que vincule su injusticia con el acusado: si todo ocurrió tal y como el demandante asegura, y no establece una vinculación entre la injusticia y el acusado, entonces el demandante falla en alegar que el acusado haya violado cualquiera de sus derechos. Cuando una persona busca una indemnización por el incumplimiento de un contrato en el que no participó y que le es ajeno, no hay ningún asunto para que un tribunal intervenga. La violación de los derechos de una persona no compromete, en sí misma, los derechos de terceros. Por el contrario, a veces la existencia de una injusticia está fuera de toda duda, como cuando el acusado incumple las condiciones explícitas de un contrato, el traspaso contra la persona o propiedad del demandante. Aún en tales casos, un foro público para la resolución de conflictos es requerido con el fin de que los derechos en cuestión exigibles. En ausencia de tal foro, la autodefensa que el demandante utilice no será nada más que una imposición unilateral de la fuerza.

Hay otra clase de casos en los que se requieren instituciones públicas de justicia. Son casos en los cuales se requiere al derecho positivo para fijar los contornos precisos del derecho privado. Estos litigios son más conocidos.⁴² En ellos, el rol del sistema legal es

La preocupación inmediata de Locke es el poder de un monarca absoluto de ser juez en su propio caso, un problema que puede resolverse mediante la separación de poderes. La preocupación más general es que el juez tendrá que decidir de alguna manera, posiblemente, por lo que se podría temer, haciendo intervenir factores irrelevantes.

Sin embargo, el punto para Kant no es acerca de la dependencia empírica del juez. El problema no es que alguien decida, como si de alguna manera en un mundo ideal no hubiera ningún tomador de decisiones involucrado en su propio juicio. El Estado de Derecho exige que alguien decida en estos casos, porque no hay respuesta justa sin sentencia determinante. Sin embargo, la toma de decisiones necesita ser consistente con la libertad de todos, lo que requiere que la autorización de tomar decisiones debe provenir, en algún sentido, de la voluntad de todos. Este contraste es importante incluso si el resultado en un caso es exactamente el mismo que hubiera ocurrido en el Estado de Naturaleza. Aún si tenemos razones para suponer que su contenido sería exactamente el mismo, la coincidencia entre el proceso justo y el Estado de Naturaleza sería un punto de partida equivocado para el análisis político. La parte decepcionada podría tener razones estratégicas o pragmáticas para aceptarlo, esto es, aceptar la autoridad de los tribunales y oficiales debidamente autorizados es la única manera de reconciliar la libertad individual con la de los demás. La noción de reconciliación de la libertad no es empírica, no es que se haga algún cálculo acerca de la probabilidad de los resultados favorables a lo largo del tiempo, en la manera en la que las personas lockeanas se supone que razonan acerca de la salida del Estado de Naturaleza. Se trata en cambio, de la única manera en la que las partes pueden disfrutar de su libertad conviviendo juntas, por lo que es la única manera en la cual la parte decepcionada podría disfrutar de su libertad de manera legítima. La alternativa es lo que Kant, siguiendo a Rousseau, llama “libertad salvaje y sin ley” (MS, RL, AA 06: 316; 146).

⁴² No quiero decir que tales disputas sean más frecuentes, porque esto es difícil de saber. Si los demandantes cuentan con un abogado competente, los casos en los cuales los demandantes no exponen una causa de acción (es decir, los casos de la primera categoría) se litigan con mucho menos frecuencia.

ofrecer una respuesta común a conflictos entre derechos privados, en lugar de declarar una respuesta como antecedente.

Sin embargo, aún los casos más fáciles generan problemas de aplicación unilateral, porque un principio jurídico del derecho privado sólo es tan bueno como los objetos a los que se aplica. Por ejemplo, si me quejo por una injusticia con relación a la propiedad, solamente puedo hacer valer mis derechos si puedo establecer un título legítimo de que soy el propietario del bien en cuestión. Mi título de propiedad presupone la resolución de ambos tipos de cuestiones. La propiedad requiere un tipo de acto afirmativo para establecerse, debo adquirirlo de una condición de no propiedad o recibirlo de otra persona o agencia que tenga el derecho de dármele. Cualquiera que sea el acto afirmativo que se requiere, es *mi* acto, no el tuyo. En tanto acto *mío* es capaz de establecer ciertas obligaciones: Si tomo posesión de un terreno, ¿qué tanto debo adquirir? Mis movimientos físicos no dictan una respuesta única y determinada⁴³, tampoco lo hacen mis intenciones. Esto nos lleva a la segunda dificultad. Se supone que mi acto unilateral (o acto bilateral de adquisición a través de un contrato) influye en los derechos de los demás, quienes no fueron parte de mi acto, al colocarlos bajo la obligación de abstenerse de utilizar lo que es mío. En el corazón del derecho privado, sin embargo, está el principio de que solo puedes estar obligado por una transacción privada si formaste parte de ella, esta es la razón por la que ni tu ni yo podemos privar a una tercera persona de sus derechos. Si se supone que mi derecho a la propiedad aplica a otros, entonces necesita haber una perspectiva pública desde la cual otros sean, de alguna manera, parte de mi acto de adquisición.

Quiero ilustrar el papel del sistema legal en la demarcación de los derechos privados, y de ese modo mostrar su lugar en un sistema de límites recíprocos de la libertad, al considerar uno de los ejemplos del propio Kant: el derecho de posesión adversa.⁴⁴ El derecho de posesión adversa es un ámbito común en todos los sistemas legales provenientes del derecho romano, así como un ámbito poco común para la teoría de la propiedad. La visión académica considera que su racionalidad radica en los incentivos que provee: la tierra se destinará a su uso más productivo si su posesión está sujeta a la regla: “la usas o la pierdes”⁴⁵. Tal explicación la pueden ofrecer tanto utilitaristas como lockeanos. Locke sujetaba los derechos de propiedad a la ley del “despilfarro” sobre la base de que la tierra fue dada a la humanidad para su conservación. La tierra que no se utilizó para los propósitos de autoconservación debe estar disponible para que otros la usen para su propia preservación. El utilitarismo tiene la misma narrativa, pero enfatiza la idea más general del

⁴³ Como señala Robert Nozick (1974: 174) “construir una valla alrededor de un territorio presumiblemente me convertiría en propietario de la valla (y de la tierra inmediatamente demarcada por ella)”. Nozick subestima considerablemente la dificultad: ¿por qué la tierra al interior de la valla y no fuera de ella?, ¿por qué no solo la valla?

⁴⁴ Kant considera una serie de ejemplos más, como los testamentos, los contratos sin contraprestaciones, los contratos para prestar objetos, recuperar objetos robados y la presunción de hechos concluyentes. En cada caso, Kant explica el rol determinante del proceso judicial para que los derechos individuales sean sistemáticamente consistentes.

⁴⁵ Véase, Cooter and Ulen (2003)

uso productivo sobre el uso particular para la autoconservación. Es de suponer que el utilitarista querría que esos criterios independientes abarquen el periodo prescriptivo, para que correspondan mejor con los propósitos subyacentes de la autopreservación o el uso productivo.

Pero ni el razonamiento utilitarista ni el lockeano se ajustan al derecho positivo de la posesión adversa. De acuerdo con el derecho, quien ingresa ilícitamente a una propiedad (transgresor) puede convertirse en propietario sin usar la tierra productivamente, y un propietario puede conservar derechos contra un transgresor solo por entrar en la tierra periódicamente o incluso concediendo una licencia al transgresor privándolo del derecho de poseer esa tierra en formas hostiles al titular. Lo más llamativo es que el reloj de la posesión arranca cuando el transgresor entra a la tierra, no cuando el propietario deja de proteger su tierra del transgresor. Solo se puede reclamar un terreno como “baldío” al ocuparlo y se puede hacer lo mismo, aunque no esté baldío. El propietario puede reclamar la tierra con tan solo volver antes de que haya transcurrido el periodo prescriptivo, porque no se obtiene ningún crédito por el periodo anterior de desuso. Tanto los utilitaristas como los lockeanos pueden afirmar que estas características de la ley son meras marcas de conveniencia administrativa o exigir que el derecho positivo se modifique para ajustarse mejor a sus criterios moralmente independientes.⁴⁶ No es mi propósito en este artículo mostrar cómo no es posible tal postura,⁴⁷ sino exponer una manera alternativa de entender por qué un sistema de igualdad de libertad *debe* permitir la posibilidad de un acto presuntamente injusto pueda bajo ciertas condiciones establecer un derecho.

Kant ofrece una explicación fundamentalmente distinta de la doctrina anteriormente explicada. El derecho de posesión adversa no tiene nada que ver con los incentivos o las preservaciones de la especie, es una garantía de seguridad. Las personas solo pueden tener plenos derechos de propiedad sobre las cosas si pueden tenerlos de forma conclusiva, esto es, de manera que nadie pueda apelar el título de propiedad que poseen. La necesidad de seguridad de los derechos requiere que el mero hecho de la ocupación continua de una propiedad de lugar a un derecho sobre ella, y que ese derecho sea superior a cualquier titularidad previa. Una vez transcurrido el tiempo suficiente, si el propietario anterior pudiera volver y hacer valer un derecho superior de titularidad, asegurar los derechos sería imposible, porque siempre sería posible que algún propietario anterior hiciera valer una titularidad anterior por su bien y, por tanto, haría valer su titularidad como derecho superior. La única manera de que los derechos de titularidad sean concluyentes es si el aseguramiento se impone por el uso prolongado.

⁴⁶ Un libertario podría proponer la abolición del derecho de posesión adversa argumentando que un derecho a la propiedad solo puede extinguirse mediante un acto voluntario del propietario (Epstein, 1986).

⁴⁷ Vale la pena señalar que la idea de que el derecho positivo *debe* ser puramente accidental desde el punto de vista de la moralidad refleja un sesgo más fundamental, tanto de lockeanos como de utilitaristas. Ellos excluyen la posibilidad de que una parte de la moralidad requiera del derecho *como tal*, y en cambio permiten esta relación solo indirectamente debido a las debilidades y flaquezas de la moralidad humana. Ambos ven al derecho, en el mejor de los casos, como una herramienta empíricamente eficaz para realizar valores que, en circunstancias más felices, podrían haberse realizado de otra manera.

El análisis de Kant muestra cómo la doctrina legal es un requisito sistemático del derecho privado: si los derechos han de formar un único sistema de límites recíprocos de la libertad, el derecho debe hacer valer la seguridad jurídica sobre conflictos de titularidad. Un sistema de posesión adversa puede hacerlo de manera que un sistema de registro de títulos no podría. Sin la doctrina del derecho de posesión adversa cualquier sistema sería vulnerable a las reclamaciones sobre la propiedad antes de introducirlas al registro. Un registro no puede imponer seguridad jurídica con respecto a tales reclamaciones, pero eso es precisamente el punto de Kant.

Todas las características conocidas de la *posesión adversa* siguen esta regla: las formas en las que el propietario y transgresor usan la tierra son irrelevantes; el periodo prescriptivo comienza cuando el transgresor entra en la tierra; el uso del transgresor debe ser hostil al derecho del propietario; y cuando el periodo expira, la persona que a todas luces era un transgresor resulta haber sido el propietario desde el momento en que entró en el terreno. Estas reglas no son introducidas al derecho sobre la base de consideraciones instrumentales acerca de lo que sería mejorar para lograr la seguridad jurídica, sino que son expresiones de una idea de seguridad sistemática con respecto a los títulos que exige el aseguramiento con respecto a los posibles fundamentos de la prueba de los títulos de propiedad. Esta es solo otra manifestación de un requisito más general de que los procedimientos para fijar los derechos sean públicos y no privados.

Lo único que la necesidad de la seguridad jurídica no fija es la duración del periodo prescriptivo. Así que, aún si todos en un imaginario “Estado de Naturaleza” pudieran ver su importancia, no tendrían ninguna base para llegar a un acuerdo al respecto, o más bien ninguna base para tal acuerdo, incluyendo la relevancia epistémica o el entendimiento convencional, solo se aceptaría por motivos estratégicos o procedimentales,⁴⁸ y por tanto sería un reconocimiento de los costos del conflicto, y por tanto un reconocimiento del derecho del más fuerte. Solo una institución legislativa puede ofrecer una respuesta que pretenda ser más estratégica (aún si las personas finalmente la cumple por motivos instrumentales, están cumpliendo con algo que es consistente con la igualdad de la libertad). Cualquiera que sea la duración elegida por la institución será consistente con los límites recíprocos de la libertad.

La teoría kantiana evita la conocida acusación de que las teorías de la propiedad del derecho natural niegan todas las posesiones actuales en virtud de una sola adquisición ilegal en la cadena de propietarios que socava la legitimidad de las adquisiciones posteriores.⁴⁹ Kant muestra que la posibilidad de asegurar un título de propiedad es una precondition sistemática para disfrutar los derechos de propiedad. También salva la distancia entre el punto de vista de que la propiedad es pre-institucional o post-

⁴⁸ Sobre el papel de la relevancia en la generación de entendimientos convencionales, véase Gauthier (1979: 5-7) No sorprende que Gauthier represente explícitamente la aceptación de las reglas de justicia como algo puramente estratégico.

⁴⁹ Robert Nozick, uno de los principales defensores de la teoría lockeana, admite que no conoce ningún “tratamiento exhaustivo o teóricamente sofisticado de estos temas” (Nozick 1974:152).

institucional, mostrando el sentido en el que es ambas. La posibilidad de que las personas tengan capacidades externas disponibles a su arbitrio es la estructura básica de la interacción libre. Esta interacción solo puede ser asegurada, y por tanto solo puede realizarse consistentemente con la libertad de todos, a través de las instituciones.

Estas observaciones del derecho de la ejecución privada hacen algo más que mostrar las dificultades del argumento lockeano. También muestran que el uso de la fuerza solo es legítimo si se realiza desde una perspectiva pública, así que no es simplemente el ejercicio del poder de una persona sobre otra. Por el contrario, es necesario que se ajuste a la ley y a la justicia procedimental.

La necesidad del proceso justo subraya la existencia de la perspectiva pública, que se distingue de la perspectiva de las personas privadas, pero que es coherente con la integridad de los puntos de vista de personas individuales. Las instituciones públicas que elaboran, aplican y ejecutan la ley necesitan tener poderes que ninguna persona podría tener; este carácter distintivamente público hace que el uso de la fuerza sea consistente con la igualdad de la libertad. Cualquier otra situación sería meramente un uso unilateral de la fuerza.⁵⁰

Recordemos mi ejemplo anterior de un conflicto de buena fe sobre los derechos, en el que ofrecí aplicaciones inconsistentes, aunque no irrazonables, de los principios relevantes a los hechos acordados.⁵¹ Sugerí que hay una perspectiva desde la cual nuestras posiciones enfrentadas eran igualmente buenas, pero que no había base para que ninguno de nosotros aceptara esa perspectiva, ya que no tenía ninguna pretensión de superioridad sobre nuestras perspectivas individuales. El punto de vista público es una perspectiva que puede reclamar superioridad. Si hay una forma en la que los procesos y las instituciones pueden decidir actuar en nombre de todos, entonces el hecho de que las instituciones públicas seleccionen una u otra de nuestras posiciones en conflicto nos proporciona una razón para

⁵⁰ Las instituciones públicas para la resolución de conflictos pueden ser consideradas como la solución a un cierto tipo de problemas de coordinación abstracta: todos necesitan lograr una respuesta determinada única. Pero el argumento para demostrar que estas instituciones son legítimas no presupone ninguna afirmación, más general, sobre el cumplimiento legítimo de las soluciones a los problemas de coordinación. En particular, el hecho de que las personas puedan organizarse de maneras mucho más eficientes para la solución de problemas no demuestra que alguien tenga el derecho obligar a otros a participar en el sistema de coordinación. La ejecución de los derechos privados es un caso especial, precisamente porque la naturaleza no voluntaria de las instituciones públicas es consistente con la libertad de todos, ya que dicho cumplimiento garantiza la libertad de todos, al proporcionar foros públicos para reconciliar las libertades en conflicto. Otros problemas de coordinación son un problema desde el punto de vista de los deseos particulares que tienen personas individuales, así que no son vinculantes para quienes carecen de deseos. La libertad es vinculante para todos. (Por supuesto, una vez que el Estado se ha establecido, también tiene la capacidad de resolver algunos problemas de coordinación).

⁵¹ Véase la nota 42 y el texto de donde proviene la nota.

aceptarla, a saber, que su interpretación de cómo aplicar la ley a los hechos acordados no solo tuya o mía, sino nuestra.⁵²

Kant toma prestado del vocabulario de Rousseau el contrato social y la “voluntad general” para describir la naturaleza de la perspectiva pública. La metáfora del contrato es potencialmente engañosa, porque pareciera sugerir que las personas transfieren algo que ya poseen plenamente para obtener algún beneficio. Para Kant, todo el punto de la voluntad unificada es hacer posible que las personas tengan cosas de forma concluyente, de una manera que sea consistente con la capacidad de otros de tener los mismos derechos. Así que no hay nada que ellos posean primero para transferirlo después. Entrar en lo que llama “la condición civil” (MS, RL, AA 06: 242; 54) no es una transacción privada en lo absoluto, sino una transacción pública que hace permite a las transacciones privadas ser cumplidas por el derecho de manera consistente con la libertad de todos. Este es un acto que Rawls (2005a: 89) describe como “los ciudadanos como un cuerpo colectivo” que hace de transacciones privadas ejecutables por el derecho. Esto explica por qué es una forma de cooperación obligatoria: a diferencia del contrato legal vinculante, nadie tiene el derecho de rehusarse a estar obligado por este contrato, porque rechazar ese acuerdo sujetaría a otros a su arbitrio unilateral.

VI. Derecho público.

El principio fundamental del derecho público es que las prácticas pueden ser obligatorias (las formas obligatorias de cooperación social existen) solo si existen desde un punto de vista público al que todos pueden autorizar.

Incluso si el ámbito público se caracteriza en este sentido, es posible preguntarse si solo ofrece una noción victoriana de la cooperación por sobre una libertaria. Al fin y al cabo, la razón de ser de las instituciones es precisamente preservar, o quizá completar, un sistema de derechos privados que puedan ser ejecutables. Como tal, el argumento de Kant podría parecer insuficiente para obtener los poderes con los que comúnmente se dota al Estado. Quiero argumentar que, contrario a las apariencias, la argumentación kantiana es suficiente. Aunque este no es el lugar para considerar el argumento kantiano del “gobierno

⁵² Dan Markovits me ha recordado que la necesidad de un punto de vista compartido podría resolverse, al menos en ocasiones, a través de una selección conjunta de una tercera persona como árbitro, en particular, a través de nuestro compromiso previo con dicho arbitraje, una característica familiar de la contratación transnacional por parte de grandes empresas. Con respecto un conflicto contractual específico, esta solución es inobjetable, o más bien, sólo es objetable si, como pudiera ser el caso, hubiera una duda sobre si un conflicto concreto entra dentro de los límites de la cláusula de arbitraje en cuestión. Esto, por supuesto, nos devuelve a la cuestión sobre la seguridad jurídica. Pero la cuestión del aseguramiento presenta en sí misma una noción más robusta acerca de la propiedad. Como un asunto del derecho positivo, para todas las naciones modernas los derechos de propiedad son derechos frente a todas las personas privadas, incluyendo sorprendentemente a la antigua Unión Soviética. (Sobre este punto, Honoré (1961: 112)). No todos los sistemas de este tipo satisfacen las exigencias de la justicia, pero la cuestión general sigue siendo válida para ellos: los procedimientos para delimitar los derechos de propiedad deben ser compartidos entre todas las personas a las que pretende obligar mediante el derecho. Por lo tanto, se requiere una base “omnilateral” más amplia para justificar su aplicación.

republicano” y la separación de poderes en legislativo, ejecutivo y judicial, ni su teoría sobre el poder de regular el comercio y la tierra. Estos aspectos centrales del Estado moderno son periféricos a los temas centrales de la filosofía política contemporánea, y no intentaré reintroducirlos aquí. En su lugar, me concentraré en la división de la responsabilidad, esto es, la relación entre la naturaleza del punto de vista público y la responsabilidad de los “ciudadanos como cuerpo colectivo”, actuando a través del Estado, para proveer a los ciudadanos con los recursos y las oportunidades adecuados.

Mi argumento se basa nuevamente en Kant. Kant argumenta que la asistencia a los pobres se sigue directamente de la idea de voluntad unificada. Señala que la idea de una voluntad unificada que dicta leyes requiere que los ciudadanos consideren que el Estado existe “a perpetuidad”. Con esto, no quiere decir que se impone el requisito absurdo de que las personas vivan para siempre, sino que la base de la unidad estatal, la capacidad del Estado de hablar y actuar en nombre de todos sobrevive a los cambios de sus miembros. Eres la misma persona que fuiste hace un año porque el mismo principio de organización material que te forma ha permanecido igual a través de los cambios;⁵³ la flama de una vela conserva su forma mientras la materia y la energía circulan a través de ella. De la misma manera, el Estado debe mantener su principio básico de organización a través del tiempo, aún si algunos miembros de la comunidad política mueren o se cambian de país y otros nacen o se llegan inmigrantes a la comunidad política. De lo contrario, cualquier uso de la fuerza sería una acción unilateral contra quienes llegaron primero. La alternativa es tener un sistema autosuficiente que garantice que todos los ciudadanos se encuentren en la relación correcta entre sí, en particular, que no se encuentren en cualquier relación inconsistentes con el hecho de compartir una voluntad unificada.

La forma más obvia en que las personas podrían no compartir la voluntad unificada es a través de relaciones privadas de dependencia. El propio ejemplo de Kant desgraciadamente sigue siendo relevante: la pobreza. Kant no analiza el problema de la pobreza a través de la categoría de necesidad, sino a través de la dependencia. El problema de la pobreza, en el análisis de Kant, es que los pobres están completamente sujetos al arbitrio de aquellos que se encuentran circunstancias más afortunadas. Aunque Kant no niega que hay un deber ético de caridad (GMS AA 04: 429-431) argumenta que la dependencia a la caridad privada es inconsistente con la voluntad unificada que se requiere para que las personas vivan juntas en la condición civil. La dificultad es que los pobres están sujetos al arbitrio de aquellos que tienen más: los ricos tienen derecho a usar sus poderes como les parezca conveniente, por lo que sus decisiones sobre si dar o no a los

⁵³ En la *Crítica de la Razón Pura* Kant introduce lo que llama “ideas de la razón” a través del ejemplo de una constitución republicana. Las ideas de la razón no están dadas en la experiencia y ninguna experiencia puede adecuarse completamente a ellas, sin embargo, organizan nuestro pensamiento acerca de la experiencia (KrV A314 – A329). Su otro ejemplo de las “ideas de la razón” incluyen plantas y animales, esto es, seres vivos que están sujetos a un principio de organización que sobrevive a los cambios en su materia, de los cuales ningún ejemplo particular sería completamente adecuado. Los caballos tienen cuatro patas, aún si un caballo particular pierde una o más patas, y la hembra de la mosca pone miles de huevos, aunque la mayoría de las moscas hembra nunca sobreviven a la reproducción. El principio formal rige las particularidades empíricas.

necesitados, cuánto y a quién dar, es completamente discrecional.⁵⁴ El argumento de Kant es que esa discrecionalidad es inconsistente con las personas que comparten una voluntad unificada. Esta tesis hace eco del argumento de Rousseau (1974: 46-48) en el *Contrato Social* que la pobreza extrema y la riqueza son inconsistentes con las personas que actúan juntas para darse leyes a sí mismas. Mientras que podría considerarse que Rousseau hace una afirmación de hecho sobre la sociología política, la afirmación de Kant es normativa: un mundo social donde una persona tiene el poder de vida o muerte sobre otra es inconsistente con la voluntad unificada, no importa cómo la primera persona tuvo ese poder sobre la segunda.

La pobreza plantea un problema para la voluntad general unificada porque supone que la aplicación de los derechos privados es consistente con la libertad de todos. En este caso, el conjunto más significativo de los derechos privados son los derechos de propiedad, generalmente entendidos como derechos que permiten a las personas excluir a otras de su propiedad. Las personas libres pueden autorizar derechos de propiedad exigibles por ley, porque esos derechos son una forma de permitirles ejercer su respectiva libertad. Sin embargo, no pueden autorizar esos derechos hasta el punto de someter por completo a unas personas al total arbitrio de otras, porque tales poderes serían incompatibles con la libertad de quienes están en esa situación de dependencia. Sin una solución institucional a este problema, aquellos que están en necesidad no pueden considerarse como consintiendo con la voluntad general por completo. Como resultado, la aplicación de los derechos de propiedad sería exactamente lo que los críticos de la propiedad la acusan de ser: un poder unilateral ejercido por el más fuerte sobre el más débil. La necesidad es un problema natural, pero la dependencia en la buena voluntad de otros es un problema de justicia.

Este problema institucional requiere de una solución institucional: los impuestos para atender a los necesitados. Los impuestos son consistentes con la libertad de aquellos que son gravados porque la riqueza consiste enteramente en su derecho a excluir a otros de sus bienes, lo cual es consistente con la igualdad de libertad sólo cuando es coherente con la voluntad general.

Este argumento a favor de la redistribución económica es *interno* a la idea de que los conflictos deben ser resueltos a través de procesos públicos que puedan ser aceptados por todos. La naturaleza pública de la resolución de conflictos es tanto la fuente del problema como su solución. En ausencia de instituciones para la justicia pública, los derechos de la persona rica de excluir a los pobres de su propiedad sería solo una imposición unilateral de la fuerza. Aquellos que tienen propiedades tienen el derecho de excluir a otros, siempre que sus posesiones sean consistentes con la voluntad general unificada compartida por todos, que el sistema de derechos realmente es parte de un sistema de igualdad de independencia de las personas libres. Cuando ese sistema se convierte en un sistema de

⁵⁴ Por eso Kant describe el deber de caridad como un deber “imperfecto”: aunque tienes la obligación de hacer la satisfacción de las necesidades de otros uno de tus fines, depende de ti la decisión de a qué persona ayudar, qué necesidades y en qué medida las vas a satisfacer.

dependencia, pierde su carácter público. Por lo tanto, para preservar el carácter público, debe estar sujeto a los límites que hagan consistente la aplicación de los derechos con la igualdad de libertad de las personas.

El argumento kantiano es formal y procedimental más que de carácter sustantivo. En particular, no especifica el *nivel* de provisiones sociales, si cubre solo las necesidades biológicas o si debe extenderse a las condiciones previas de la ciudadanía plena. Tampoco ofrece un análisis detallado de la naturaleza del agravio de la dependencia: si, por ejemplo, las desigualdades graves de poder de negociación entre empleadores y trabajadores podrían calificar como una forma de dependencia. Aunque Kant se concentra en el ejemplo de la ayuda a los pobres, la fuerza de su argumento se encuentra dentro de la estructura de la voluntad general. Como resultado, se requiere instituciones reales para dar efecto a esa práctica: establecer niveles y mecanismos apropiados para ofrecer ayuda e introducir formas de regulación donde sea necesario. En tanto teoría filosófica, se supone que tiene que mostrar cuáles son los medios disponibles por el Estado que sean consistentes con la libertad de todos; pero no tiene por qué hacer la micro gestión de una política pública. Los requisitos de la voluntad general limitan la forma de las respuestas posibles, pero no su substancia. Cualquier respuesta necesita ser consistente con la igualdad de libertad, por lo que no se pueden introducir formas obligatorias de cooperación por el mero hecho de que produzcan un aumento agregado en la riqueza. Tampoco pueden utilizarse los derechos privados como baluarte en contra de las pretensiones de la voluntad general. Pero, dentro de la estructura apropiada, las respuestas deben ser impuestas por las personas mismas.

Al igual que el argumento kantiano hace eco de las ideas de Rousseau, también prefigura algunas tesis de Rawls: la redistribución es una precondition para que los ciudadanos como cuerpo colectivo se sujeten ellos mismos a las leyes consistentes con la libertad de todos. El argumento kantiano no es precisamente el argumento que hace Rawls, pero al igual que el argumento de Rawls, no es metafísico sino político. Sitúa la cuestión de la redistribución económica en los siguientes términos: ¿con qué derecho el Estado obliga a algunas personas a transferir parte de sus propiedades a otras, dado que el Estado hace valer su derecho sobre esas propiedades? La respuesta es planteada completamente en términos del uso legítimo de la fuerza y de la naturaleza distintivamente pública del Estado. Ambos se concentran en la responsabilidad especial que cada ciudadano tiene por su propia vida y el derecho de cada ciudadano para ejercerlo a través de la interacción con otros ciudadanos y asociaciones privados, así como sobre la estructura coercitiva del estado. Los ciudadanos como cuerpo colectivo deben garantizar recursos y oportunidades adecuados para todos, con el fin de cumplir con la pretensión del estado de asegurar a cada persona sus derechos privados frente a otras personas privadas, de manera consistente con la libertad e igualdad de todos.

Este doble enfoque sobre el derecho público y el uso de la fuerza distancia al argumento kantiano del enfoque más común en las teorías de redistribución económica. Uno de estos

argumentos defiende la imposición redistributiva sobre la base de que la riqueza es un producto social, más que un producto individual.⁵⁵ Como resultado, se dice que la sociedad en su conjunto tiene un derecho sobre el producto social, por haberlo generado. Esta perspectiva incorpora la versión social de la idea lockeana de que el derecho de una persona a un objeto depende del esfuerzo que haya realizado para crearlo o adquirirlo. En vez de decir que la manzana te pertenece por haberla recogido del árbol con el sudor de tu frente, decimos que, en tanto sociedad, somos dueños de lo que sea que hayamos producido. También se parece a la posición lockeana en la cual se supone que *la sociedad* adquiere un tipo de dominio absoluto sobre las cosas *que ha producido*.

El enfoque kantiano debe rechazar tal argumento, tanto porque busca establecer el derecho de propiedad sobre la base del esfuerzo realizado, y no por un sistema de igualdad de liberada, y lo que es más importante, porque trata al Estado como una entidad privada, libre de disponer de sus bienes tal y como lo considere adecuado. El enfoque lockeano no solo genera dudas acerca del derecho específico a usar la riqueza para una distribución justa; si el Estado tiene un derecho sobre la riqueza porque la ha producido, entonces podría utilizarla para *algún otro* propósito seleccionado públicamente, en lugar de redistribuirlo. Este derecho del Estado a la redistribución no proviene del hecho de que toda la propiedad le pertenece, sino de que el derecho a excluir genera potenciales relaciones de dependencia, que son inconsistentes con la existencia de una voluntad general unificada. Para ponerlo en los términos que Rawls prefiere: el derecho a participar en un sistema de transacciones privadas exigibles por la ley debe funcionar en beneficio de todos para que los ciudadanos, considerados como cuerpo colectivo, puedan cumplir sus derechos privados entre sí.

La teoría kantiana de la redistribución económica se distancia de las teorías “igualitaristas de la suerte”, de las más destacadas en la filosofía política reciente, por su énfasis en la naturaleza pública de la voluntad general. Para los igualitaristas de la suerte la justicia requiere de la eliminación de los efectos de la suerte. Las personas deben asumir los costos de sus elecciones, pero no de las circunstancias no elegidas, ya sean sociales o naturales. Las necesidades costosas deben ser satisfechas, pero los gustos extravagantes son, de

⁵⁵ Véase Murphy and Nagel (2002: 32-33)

No hay ningún mercado sin gobierno y no hay ningún gobierno sin impuestos; el tipo de mercado que hay depende de decisiones legales y políticas que el gobierno debe tomar. En ausencia de un sistema legal apoyado por impuestos, no puede haber dinero, bancos, empresas, bolsas de valores, patentes o modernas economías de mercado, ninguna de las instituciones que hacen posible la existencia de casi todas las formas contemporáneas de ingreso y riqueza.

Es, por tanto, lógicamente imposible que las personas pudieran tener algún tipo de derecho a todos sus ingresos antes de impuestos. Lo único a lo que pueden tener derecho en un sistema legal es a lo que resta después de los impuestos, mismo sistema legal que se construye con tasas impositivas legítimas. Esto muestra que no podemos evaluar la legitimidad de los impuestos refiriéndonos a los ingresos antes de impuestos.

Ellos continúan: “Los derechos de propiedad son producto de un conjunto de leyes y convenciones, de los cuales el sistema de impuestos es parte” (74). Como reducción al absurdo del argumento lockeano de que el derecho sigue a la causalidad, tal argumento es irreprochable. La forma adecuada de reparar los fallos del argumento lockeano es rechazar la idea de que los derechos se basan en la causalidad de un objeto valioso.

acuerdo con esta perspectiva, responsabilidad de las personas que se deciden por estos lujos.⁵⁶

Desde la perspectiva kantiana, la dificultad fundamental con el igualitarismo de la suerte no son las implicaciones implausibles que muchos han señalado,⁵⁷ sino su inadecuada concepción de la sociedad política.⁵⁸ Para los igualitaristas de la suerte, el propósito moral básico de la sociedad es eliminar el azar del mundo. Se concibe a las personas principalmente como receptores de la sociedad justa y se ve al Estado como uno de los tantos agentes que contribuyen a este esfuerzo.⁵⁹ Tanto individuos como instituciones se supone que contribuyen a este fin. El enfoque kantiano, con su atención puesta en la voluntad general, considera a las personas como autores de las leyes que los vinculan, eso es lo que significa que el punto de vista sea público: el uso de la fuerza está siempre legitimado por el hecho de que todas las personas lo han autorizado. A sus actos se les aplica una versión pública de la conocida distinción entre omisión y negligencia: como autores de las leyes, los ciudadanos son responsables de lo que hace el Estado, pero no de lo que simplemente sucede. Como siempre, el contraste se basa en los medios disponibles de la sociedad en su conjunto para conseguir fines públicos.⁶⁰

La misma distinción entre negligencia y omisión aplica al argumento contractual al nivel del derecho público. Las personas eligen instituciones preocupadas por proteger su

⁵⁶ Véase Kymlicka (1990); Arneson (1989); Cohen (1989)

⁵⁷ Véase Anderson (1999); Scheffler (2003); Wolff (1998).

⁵⁸ Tal vez la posición igualitaria puede ser desarrollada en una dirección diferente, como sugiere Daniel Markovits (2003) quien rechaza la noción de que se puede garantizar simultáneamente la no subordinación de las personas como libres de elegir en lugar de personas pasivas receptoras de la suerte; argumenta que lo primero es preferible a lo segundo. Mis observaciones aquí se centran únicamente en la idea principal de los escritos de la suerte igualitaria.

⁵⁹ Véase Cohen (2000)

⁶⁰ El enfoque kantiano sobre la indisponibilidad de ciertos medios, que considero anima el entendimiento de Rawls del *sentido de justicia*, es un elemento central en la jurisprudencia constitucional en muchas democracias modernas. Considero que los señalamientos del presidente Aharon Barak de la Suprema Corte de Israel en una decisión relativa a la legalidad de las prácticas del interrogatorio:

Somos conscientes de que esta decisión no facilita nuestra relación con los problemas que lidiamos en la realidad (luchar contra el terrorismo). Este es el destino de la democracia, que no todos los medios son aceptables para ella ni todos los métodos empleados por sus enemigos están abiertos a ella. A veces, una democracia debe pelear con una mano atada a su espalda. Sin embargo, tiene el control de la situación. La preservación del Estado de Derecho y el reconocimiento de las libertades individuales constituyen uno de los componentes más importantes de su concepción de seguridad. Al final y al cabo, refuerzan su espíritu y fuerza y le permiten superar las dificultades. (HCJ 5100/94: 845)

Los comentarios del presidente Barak fueron apoyados los jueces Iacobucci y Arbour del Tribunal Supremo de Canadá (2004 SCC 42). También han sido apoyados en discursos de destacados juristas constitucionales, incluyendo a la jueza Ruth Bader Ginsburg (2007) y por el Lord jurista inglés Johan Steyn (2004). En la reciente discusión del tribunal constitucional alemán han surgido preocupaciones similares que anulan el §14.3 de la Ley de Seguridad Aérea, que regula la autorización del gobierno alemán para derribar aviones civiles secuestrados con el fin de evitar que “hagan más daño”. Véase BvR 357/05, (F.R.G), donde la reacción del tribunal fue la siguiente:

Este trato ignora el estatus de las personas afectadas como sujetos dotados de dignidad y derechos inalienables. Al utilizar la muerte como un medio para salvar a otros, se les trata como objetos y al mismo tiempo se les priva de sus derechos; al disponer de sus viudas unilateralmente por el Estado, las personas a bordo del avión que, como víctimas necesitan ellas mismas de protección, se ven privadas del valor que se debe a un ser humano por sí mismo.

derecho al honor o, en palabras de Rawls, sus dos capacidades morales. Como tal, no renunciarán a su independencia para promover un contexto más favorable a sus intereses. Más bien, establecerán instituciones para evitar que las desigualdades naturales generen dominación social. Las relaciones de dependencia que surjan como resultado de la estructura coercitiva de la sociedad plantean un problema especial para la voluntad general, precisamente porque implican la creación del derecho de exclusión por parte de la voluntad general. Ponen a la voluntad general en una tensión potencial consigo misma, así que esa tensión debe ser resuelta. Las desigualdades naturales y las circunstancias no elegidas, como tales, no son actos públicos ni generan esa tensión. Pueden dar lugar a relaciones de dependencia, pero si lo hacen, son las relaciones de dependencia las que constituyen el problema, no su origen.⁶¹

Los igualitaristas de la suerte han criticado a Rawls por su atención a las desigualdades generadas socialmente, pero la teoría kantiana revela que Rawls tiene un argumento mejor. Rawls insiste en que la estructura básica de la sociedad no debe magnificar los efectos de las desigualdades naturales, mas no que deba eliminarlas (Rawls 199c: 74). En su formulación más abstracta el principio de la diferencia exige que las instituciones legales y políticas no comprometan la capacidad de los ciudadanos de ejercer sus dos capacidades morales, con el fin de que la cooperación social trabaje en beneficio de todos.⁶² Es una forma distinta de desarrollar la intuición básica de Kant: el cumplimiento de los derechos está justificado porque sólo así es posible que una pluralidad de personas realice su libertad conjuntamente, pero dicha aplicación debe realizar la libertad de todos. Tanto para Kant como para Rawls, la estructura coercitiva de la sociedad es el tema básico de la filosofía política porque implica la independencia como algo único y la coerción solo es legítima si no crea relaciones de dependencia.

La estructura básica de la sociedad no es importante solo porque ejerce una enorme influencia en las perspectivas de vida de las personas, también es importante porque el uso de la fuerza debe ser consistente con la independencia de cada persona con respecto a otros. Las formas de cooperación social obligatoria, como lo es notoriamente el Estado, están justificadas solo si sirven a la creación y mantenimiento de las condiciones de

⁶¹ En dos influyentes artículos recientes Thomas Pogge argumenta que el contrato social rawlsiano colapsa en una forma de consecuencialismo porque las partes en la posición original están simplemente preocupadas por promover sus propios intereses y se consideran a sí mismas como receptores de los principios del orden político, en lugar de sus autores (Pogge, 1995: 243-44; 2004: 171-273;). En la lectura kantiana de Rawls que he defendido aquí, la acusación no tiene sentido, porque el punto central del contrato social es garantizar que los ciudadanos sean autores de las leyes a las que se someten, de modo que el uso de la fuerza sea consistente con la libertad e igualdad. No podrían autorizar un sistema en el que las personas tuvieran que rendir cuentas por las cosas que no han hecho, tampoco podrían aceptar castigos draconianos sobre la base de expectativas positivas en el combate al crimen. Como siempre, ciertos medios no están disponibles. En su lugar, erigirían las instituciones que colocan la carga de la prueba en el Estado y garantizan que la acción coercitiva es una respuesta a la responsabilidad individual.

⁶² Vale la pena recordar que Rawls introduce el principio de la diferencia a través de la discusión de los funcionarios al interior de las instituciones sociales, más que en relación con la riqueza considerada como tal. Véase John Rawls (2001:50).

libertad en las que formas ordinarias de cooperación social sean completamente voluntarias.

CONCLUSIÓN.

Quiero terminar abordando otro tema que ha sido importante en la filosofía política contemporánea: la disputa sobre si los individuos y las instituciones están sujetos a los mismos principios normativos. A lo largo de su carrera, John Rawls argumentó que los individuos tienen un deber de crear instituciones justas y negó que se deban unos a otros deberes directos que realicen el principio de la diferencia.⁶³ Los críticos de esta perspectiva, entre los que destacan G. A. Cohen (2000: 6) y Liam Murphy (1998: 254-255), han atacado a Rawls por este “dualismo” y argumenta que las personas privadas tienen los mismos deberes de justicia que las instituciones sociales. Cohen conecta este punto con la tesis sobre la insignificancia relativa de la estructura coercitiva de la sociedad, haciendo énfasis en la importancia del ethos social para determinar tanto el tamaño social de las porciones distribuidas como las perspectivas de vida de diferentes personas en una sociedad. Tanto Cohen como Murphy atacan el dualismo desde una perspectiva progresiva y redistributiva, pero los mismos argumentos podrían fácilmente ser encontrados en las manos de los libertarios, quienes comparten la creencia de que las instituciones sociales solo pueden evaluarse en términos de su eficacia para lograr resultados morales que, en principio, podrían ser realizados sin ellas. Tanto en el pensamiento libertario como en el igualitario, asumir que la moralidad es completa sin institución alguna, y que el Estado y el derecho entran simplemente como instrumentos, es un supuesto no defendido y de hecho no examinado. La división de la responsabilidad muestra cómo las instituciones justas, tanto públicas como privadas, permiten a las personas libres ser independientes en conjunto.

⁶³ Véase Rawls (1999c: 53-54; 2005: 2238)

Bibliografía

Textos de Kant

Siglas	Título y localización en la <i>Akademie-Asugabe</i>
IaG	Idee zu einer allgemeinen Geschichte in weltbürgerlicher Absicht (1784) en AA 08: 15-31.
KrV	Kritik der Reinen Vernunft (citada conforme a la paginación original de la primera y segunda ediciones A (1781) y B (1787)).
MS RL	Metaphysik der Sitten – Rechtslehre (1797) en AA 06: 203-493. Traducción al español: Kant (2018) <i>La Metafísica de las Costumbres</i> . Técnicos (traducción Adela Cortines Orts y Jesús Conill Sancho)
GMS	Grundlegung zur Metaphysik der Sitten (1785) en AA 04: 387-463.

Bibliografía general

Anderson, Elizabeth S. (1999) "What Is the Point of Equality?" *Ethics* Vol 109, No 2, pp 287-337

Aristotle (1962) *Nicomachean Ethics*, The Liberal Arts Press.

Bennett, John G. (2006) "Freedom and Enforcement: Comments on Ripstein", *Virginia Law Review*, Vol. 92, No. 7 (Nov.), pp. 1439-1444

Berlin Isaiah (1990) *The Crooked Timber of Humanity: Chapters in the History of Ideas*. Londres: John Murray Press.

Blake, Michael and Risse, Matthias (2008) "Two Models of Equality and Responsibility", *Canadian Journal of Philosophy*, Vol 38 Issue 2, pp 165-199

Calabresi, Guido (1970) *The Cost of Accidents: A Legal and Economic Analysis*. Estados Unidos: Yale University Press.

Cohen, G. A. (1989) "On the Currency of Egalitarian Justice" *Ethics* Vol. 99, No. 4 (Jul.), pp. 906-944

Cohen, G. A. (2000). If You're an Egalitarian, How Come You're so Rich? *The Journal of Ethics*, 4(1/2), 1-26.

Cooter, Robert and Ulen, Thomas (2003) *Law and Economics*, 4th edition Berkeley: Berkeley Law Books

Dworkin, Ronald (1986) *Law's Empire*. Cambridge: Belknap Press

Dworkin, Ronald (1997) *Freedom's Law. The Moral Reading of the American Constitution*. Cambridge: Harvard University Press.

CON-TEXTOS KANTIANOS.

International Journal of Philosophy

N.º 16, December 2022, pp. 14-55

ISSN: 2386-7655

Doi: 10.5281/zenodo.7403528

- Dworkin, Ronald (2009) *Sovereign Virtue. The Theory and Practice of Equality*. Estados Unidos: Harvard University Press.
- Epstein, Richard A. (1986) “Past and Future: The Temporal Dimension in the Law of Property. Past and Future: The Temporal Dimension in the Law of Property”, *Washington University Law Review* Vol. 64 Issue 3, pp 667-722
- Epstein, Richard A. (1986) “Past and Future: The Temporal Dimension in the Law of Property”, *Washington University Law Review*, 64, 667
- Epstein, Richard A. (1995) *Simple Rules for a Complex World*. Estados Unidos: Harvard University Press.
- Ernest J. Weinrib, (1995) *The Idea of Private Law*, Oxford: Oxford University Press.
- Gauthier, David (1979). “David Hume, contractarian” *Philosophical Review* 88 (1), pp 3-38.
- Ginsburg, Ruth Bader (2007) ““A Decent Respect to the Opinions of [Human]Kind”: The Value of a Comparative Perspective in Constitutional Adjudication”, *Saint Louis University Public Law Review*: Vol. 26: No. 2 , Article 4, pp 187-202
- Green, Leon (1960) “Tort Law: Public Law in Disguise”, *Texas Law Review*. Vol. 38.
- Hobbes, Thomas (1991) *Leviathan*. Cambridge University Press, Richard Tuck (ed.) Cambridge: Cambridge University Press. (1651).
- Honoré, Tony (1993) “The Dependence of Morality on Law” *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 13, No. 1, pp 1-17
- Hume, D. (1978). *A treatise of human nature*, L. A. Bigge & P. H. Nidditch (Eds.) (2nd ed.). Oxford: Oxford University Press. (1739)
- Justine, Burley (ed) (2004) *Dworkin and His Critics: With Replies by Dworkin*. Wiley-Blackwell Publishing.
- Kaplow Louis y Shavell, Steven. (2002) “Fairness Versus Welfare”, *The Journal of Legal Studies*, Vol. 32, No. 1, pp 331-362
- Keating, Gregory C. (2004) “Rawlsian Fairness and Regime Choice in the Law of Accidents”, *Fordham Law Review* Vol. 72, pp: 1857-1921
- Keating, Gregory C. (1996) “Reasonableness and Rationality in Negligence Theory”, *Stanford Law Review*, Vol. 48, No. 2, pp 311-384
- Kordana, Kevin A and Tabachnick, David H (2005) “Rawls and Contract Law”, *The George Washington Law Review*, Vol. 73 No. 3, pp 598-632
- Kordana, Kevin A and Tabachnick, David H, (2003) “Tax and the Philosopher’s Stone”, *Virginia Law Review* Vol. 89, No. 3, pp 647-678.
- Kordana, Kevin A. and Tabachnick, David H. (2006) “On Belling the Cat: Rawls and Tort as Corrective Justice”, *Virginia Law Review* Vol. 92, No. 7, pp. 1279-1310.
- Kromman, Anthony T. (1980) “Contract Law and Distributive Justice”, *Yale Law Review* Vol. 89, No. 3, pp: 472-511.

- Kymlicka, Will (1990) *Contemporary Political Philosophy: An Introduction*. Oxford: Clarendon Press.
- Landes, William and Posner, Richard (1987) *The Economic Structure of Tort Law*. Cambridge: Harvard University Press.
- Locke, J. (1960). *Locke: Two Treatises of Government* (Cambridge Texts in the History of Political Thought) (P. Laslett, Ed.). Cambridge: Cambridge University Press.
- Markovits, D. (2003). "How Much Redistribution Should There Be?" *The Yale Law Journal*, Vol. 112, No. 8, pp: 2291–2329.
- Murphy, L. B. (1998). "Institutions and the Demands of Justice" *Philosophy & Public Affairs*, Vol. 27, No. 4, pp: 251–291.
- Murphy, Liam, and Nagel, Thomas (2002) *The Myth of Ownership: Taxes and Justice*. Oxford: Oxford University Press.
- Nozick, Robert (1974) *Anarchy, State and Utopia*. Nueva York: Basic Books.
- Perry, Stephen (2000) "On the Relationship between Corrective and Distributive Justice" en Horder, Jeremy (ed.) *Oxford Essays in Jurisprudence*, fourth series. Oxford: Oxford University Press, pp 237-63
- Perry, Stephen (2004) "Ripstein, Rawls and Responsibility", *Fordham Law Review* Vol. 72 Issue 5, 1845 -1855
- Pogge, Thomas (2004). "Equal liberty for all?" *Midwest Studies in Philosophy* Vol. 28, No. 1, pp: 266–281.
- Pogge, Thomas W. (1995). "Three Problems with Contractarian-Consequentialist Ways of Assessing Social Institutions" *Social Philosophy and Policy* Vol. 12, No. 2, pp: 241-266.
- Posner, Richard A (1993) *The Problems of Jurisprudence*. Cambridge: Harvard University Press.
- Rawls, John (1982) "Social Unity and Primary Goods", en Sen, Amartya & Williams, Bernard (eds.) *Utilitarianism and beyond*. Cambridge University Press, pp: 159-186.
- Rawls, John (1999a) "Kantian constructivism in moral theory", en Freeman, Samuel (ed) *Collected Papers: John Rawls*. Cambridge: Harvard University Press, pp: 303-358
- Rawls, John (1999b) "Reply to Alexander and Mussgrave", en Freeman, Samuel (ed) *Collected Papers: John Rawls*. Harvard University Press, pp: 232 -254
- Rawls, John (1999c) *A Theory of Justice*. Oxford: Oxford University Press.
- Rawls, John (2000) *Lectures on the History of Moral Philosophy*. Cambridge: Harvard University Press.
- Rawls, John (2001) *Justice as Fairness: A Restatement*. Harvard University Press.
- Rawls, John (2005a) "Power of Citizens and Their Representation" en Rawls, John. *Political Liberalism*. Cambridge: Columbia University Press.
- Rawls, John (2005b) "The Basic Structure as Subject" en Rawls, John. *Political Liberalism*. Cambridge: Columbia University Press.

- Raz, Joseph (1979) "The Rule of Law and its Virtue", en Raz, Joseph. *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*. Oxford: Clarendon Press.
- Richard, J. Arneson (1989) "Equality and Equal Opportunity for Welfare", *Philosophical Studies* Vol. 56, No. 1, pp: 77 – 93
- Ripstein, Arthur (2000) "Three Duties to Rescue: Moral, Civil, and Criminal" *Law and Philosophy*, Vol. 19, No. 6, pp. 751-779
- Ripstein, Arthur (2003) "Authority and Coercion" *Philosophy and Public Affairs* Vol. 32, Issue 1., pp 2-35
- Ripstein, Arthur (2004) "The Division of Responsibility and The Law of Tort", *Fordham Law Review* Vol 72, No. 5, 1811 - 1844
- Ripstein, Arthur (2006) "Beyond the Harm Principle" *Philosophy and Public Affairs*, Vol. 34, Issue 3, pp 215-245
- Ripstein, Arthur (2007a) "As If It Had Never Happened", *William & Mary Law Review* Vol. 48 Issue 5 <https://scholarship.law.wm.edu/wmlr/vol48/iss5/19> (Acceso: Noviembre, 8, 2022)
- Ripstein, Arthur (2007b) "Liberty and Equality", en Ripstein, Arthur (ed.) *Ronald Dworkin* Cambridge University Press.
- Rousseau J.-J. (1972) *The social contract*. Nueva York: Hafner Publisher (Frankles Charles, ed) (1762)
- Santo Tomás (2002) *Aquinas: Political Writings*, Cambridge: Cambridge University Press (R. W. Dyson., ed.)
- Scanlon, T. M. (1998) *What we Owe to Each Other*. Estados Unidos: Belknap Press.
- Scheffler, Samuel (2003). "What is Egalitarianism?" *Philosophy and Public Affairs* Vol. 31, No. 1, pp: 5-39.
- Sen, Amartya (1980) "Equality of What?", en *The Tanner Lectures on Human Values* Vol. 1. Cambridge: Cambridge University Press.
- Sidgwick, Henry (1907) *The Methods of Ethics*. Indianapolis: Hackett Pub Co Inc.
- Simmons, A. John (1992) *The Lockean Theory of Rights*. Nueva Jersey: Princeton University Press.
- Simmons, A. John (2000) *Justification and legitimacy. Essays on rights and obligations*. Estados Unidos: Cambridge University Press.
- Steyn, J. (2004). "Guantanamo Bay: The Legal Black Hole", *The International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 53, No. 1, pp: 1–15
- Wolff, Jonathan (1998). "Fairness, Respect, and the Egalitarian Ethos" *Philosophy and Public Affairs*. Vol. 27, No. 2, pp: 97-122.
- Zipursky, Benjamin (2002) "The Philosophy of Private Law" en Coleman, Jules & Shapiro, Scott J. (eds.), *The Oxford Handbook of Jurisprudence & Philosophy of Law*. Oxford: Oxford University Press, pp: 623 – 630

Textos jurídicos:

2004 SCC 42 Case number : 29872 *Application Under Section 83.28 of the Criminal Code (Re) 2 S.C.R. 248* Supreme Court of Canada (SCC 248), <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/2156/index.do> (Acceso : Noviembre, 8, 2022)

41 A.2d 267 *Rickards v. Sun Oil Co., and five other cases*, United States State Supreme Court (New Jersey) 269 (N.J. 1945) https://sites.oxy.edu/whitney/xaccess/ec357/cases/tort/rickards_v_sunoil.htm (Acceso : Noviembre, 8, 2022)

764 F.2d 50 (1st Cir. 1985) *Barber Lines A/S v. M/V Donau Maru* United States Court of Appeals for the First Circuit No. 84-1851 <https://cite.case.law/f2d/764/50/> (Acceso: Noviembre, 8, 2022)

BvR 357/05 Bundesverfassungsgericht [BVerfG] (Tribunal Constitucional Federal de Alemania), Urteil des Ersten Senats vom 15. Februar 2006, Rn. 1-156, http://www.bverfg.de/e/rs20060215_1bvr035705.html (Acceso: Noviembre, 8, 2022)

HCJ 5100/94 *Public Committee Against Torture in Israel v. The Government of Israel* [1999] IsrSC 53(4) 817, <https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl-nat.nsf/0/D14F3F94989B702FC12572D80043927B> (Acceso: Noviembre 8, 2022)

QB 569 *Weller & Co. and another v. Foot and Mouth Disease Research Institute* [1961]

